DIE LEGITIMATION ZUR VERWALTUNGSGERICHTS-BESCHWERDE IM SCHWEIZERISCHEN BUNDESRECHT

von

Dr. Edgar Schmid

1944.

BUCHDRUCKEREI C. J. BUCHER AG., LUZERN

DIE LEGITIMATION ZUR VERWALTUNGSGERICHTS-BESCHWERDE IM SCHWEIZERISCHEN BUNDESRECHT

Dissertation

der juristischen Fakultät der Universität Bern

zur

Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Edgar Schmid

von Hitzkirch (Kt. Luzern)

BUCHDRUCKEREI C. J. BUCHER AG., LUZERN

Die Fakultät hat diese Arbeit am 22. Juni 1944 auf Antrag von Prof. Dr. Homberger als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

INHALTSÜBERSICHT

I. Grundlagen

1. Die gesetzlichen und organisatorischen Grundlagen der eidgenössischen Verwaltungsrechtspflege.
2. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als Rechtsmittel.
3. Die Beschwerdematerien und der anfechtbare Entscheid.

II. Die Parteien im Beschwerdeverfahren

1. Bei Widerstreit zwischen Sonderinteressen und Gemeininteressen.
2. Bei Widerstreit gleichartiger Interessen.
3. Parteien und Streitthema.

III. Die Aktivlegitimation

Vorbemerkungen.

A. Private Beschwerdeführer.

1. Die beteiligte Partei.
2. Der verletzte Dritte.

B. Oeffentlichrechtliche Beschwerdeführer.

1. Bundesbehörden.
2. Kantonale Behörden.

IV. Die Passivlegitimation

1. Eidgenössische Verwaltungsbehörden.
2. Kantonale Verwaltungsbehörden.

V. Die Parteien der verwaltungsrechtlichen Klage

1. Klage und Beschwerde.
2. Vermögensrechtliche Ansprüche des Bundes und gegen den Bund.
3. Sonstige Streitfälle.

LITERATUR

1. Allgemeine Literatur

Burckhardt: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 1931.
Burckhardt: Organisation der Rechtsgemeinschaft.
Egger: Das Personenrecht (Komm.), 1930.
Fick: Das schweizerische Obligationenrecht, 1915.
Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1928.
Fleiner: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1923.
Hellwig: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, 1903.
Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1905.
Matti: Zivilprozeßrecht (Sonderband a. d. Handelshochschule), 1935.
Rosenberg: Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 1918.
Rosenberg: Die Beweislast, 1923.
Ruck: Schweizerisches Staatsrecht, 1933.
Ruck: Schweizerisches Verwaltungsrecht, 1934.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1921.
Weiß: Die Berufung an das Bundesgericht, 1910.

2. Spezialliteratur

Burckhardt: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der schweiz. Eidgenossenschaft (Sep. Abdr. a. d. Zeitschrift für ges. Staatswissenschaften, Bd. 90 H. 2).
Im Hof: Referat aus Schweiz. Juristentag 1929.
Jellinek: Verwaltungsrecht, 1931.
Jenny: Die Verwaltungsrechtspflege in der schweiz. Eidgenossenschaft, 1910.
Kirchhofer: Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, 1930 (Sonderausgabe aus Zeitschrift f. schweiz. Recht, NF. Bd. 49).
Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, 1924.
Müller: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit nach allgem. und schweiz. Recht, Zürcher Diss. 1910.

3. Materialien und Zeitschriften

Archiv für öffentliches Recht.

Botschaft des Bundesrates betr. die Revision der Bundesverfassung z. Errichtung eines eidg. Verwaltungsgerichts v. 20. Dez. 1911.
Botschaft des Bundesrates z. Entw. eines Bundesgesetzes über die eidg. Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege v. 27. März 1925.
Botschaft des Bundesrates z. Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege v. 9. Febr. 1943 (Entw. d. OG. = EOG.).
Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dez. 1943 (konnte vor Drucklegung der Arbeit nicht mehr berücksichtigt werden).
Entwürfe Fleiner, 1906, 1907, 1916 und 1919.
Entwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepart. v. 5. März 1923.
Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts.
Protokolle der Verhandlungen der Expertenkommission, 1927.
Schweizerisches Bundesblatt.
Sten. Bulletin d. Schweizerischen Bundesversammlung.
Zeitschrift für privates und öffentliches Recht.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546502_0027

I. GRUNDLAGEN

1. Die gesetzlichen und organisatorischen Grundlagen der eidgenössischen Verwaltungsrechtspflege

Der Begriff der Verwaltungsstreitigkeit hat sich in der schweizerischen Verwaltungsgesetzgebung daraus entwickelt, daß ein Teil der Bundesverwaltungsgesetze nicht durch Organe des Bundes ausgeführt, sondern kantonalen Behörden zur Durchführung übertragen wurde, unter Vorbehalt des Rekurses an die eidgenössischen Verwaltungsbehörden[1]). Ein Teil der eidgenössischen Verwaltungsgesetze wird von der Zentralverwaltung selbst vollzogen und in diesen Fällen ging der Rekurs an den Bundesrat.

Wenn der Bürger behauptete, daß die Verwaltungsbehörde einen Rechtssatz verletzt habe, hatte er also nicht die Möglichkeit, an eine richterliche Instanz zu gelangen, sondern wieder an eine Verwaltungs- oder eine politische Behörde. Im Gegensatz dazu gab es bei Verletzung der verfassungsmäßigen Individualrechte des Bürgers einen gerichtlichen Schutz, die *Verwaltungsgerichtsbarkeit* des Bundesgerichtes (Art. 113 Ziff. 3 BV.). Auch diese wurde mit Art. 178 Ziff. 1 OG. (Art. 84 EOG.) auf die Anfechtung *kantonaler* Verfügungen und Erlasse beschränkt.

Gegen eidgenössische Erlasse und Verfügungen, namentlich auch gegen Verfügungen eidgenössischer Verwaltungsbehörden, war ein Rekurs an das Bundesgericht nicht gegeben. Es gab nur die Verwaltungsbeschwerde an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde. Der Private, der sich durch die Verwaltung in seinen Rechten verletzt fühlte, hatte also keinen außerhalb der Verwaltung stehenden, unabhängigen Richter.

Erst durch den am 25. Oktober 1914 von Volk und Ständen angenommenen Art. 114bis der BV. wurde die konstitutionelle Basis zu einer eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit geschaffen[2]). Es ist nun interessant, zu konstatieren, daß der Vorentwurf zum Ausführungsgesetz dieser Verfassungsbestimmung (III. Fleinerscher Entwurf) sich lediglich auf eine *eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit* (neben einer Disziplinargerichtsbarkeit) bezog[3]), während der Bundesrat schließlich einen Gesetzesent-

---

[1]) Beispielsweise seien folgende Gebiete erwähnt: Forst-, Jagd- und Fischereiwesen, Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Lebensmittelverkehr, Seuchenpolizei, Maß und Gewicht, Spiel und Lotterie, Arbeit in den Fabriken, medizinische Berufsarten.

[2]) Ein Stück Verwaltungsgerichtsbarkeit übte schon das Bundesgericht als Verfassungsgerichtshof, allerdings nur gegen kantonale Behörden aus, indem es bei Verletzung des Stimmrechts, der Eigentumsgarantie, der Gewerbefreiheit usw. kantonale Verwaltungssachen vor das eidgenössische Forum zieht. Vgl. *Burckhardt* in Z. f. g. St., Bd. 90, S. 225 ff.

[3]) Abgedruckt in „Verhandlungen der Expertenkommission" I. Konferenz, S. 3—31.

wurf auf erweiterter Grundlage aufbaute (nach Anhörung der Verwaltungsabteilungen)[4]), den die Räte am 11. Juni 1928 mit wenig Aenderungen als BG. über die eidgenössische Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege (VDG.) angenommen haben.

In den Entwurf eines neuen Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege mit Botschaft vom 9. Februar 1943 wurden auch die Bestimmungen des VDG. von 1928 organisatorisch eingegliedert, zum Teil unverändert, zum Teil mit verändertem Text. Die Artikel unter dem Titel „Das Bundesgericht als Beschwerdeinstanz" (4—21 VDG.) finden sich im EOG. als Art. 97—109.

Der Begriff Verwaltungsrechtspflege[5]) geht weit über denjenigen der Verwaltungsgerichtsbarkeit hinaus. Das Ausführungsgesetz überschreitet auch damit den Rahmen des Verfassungsartikels 114 bis, der nach Titel und Inhalt sich lediglich auf die Verwaltungs*gerichtsbarkeit* bezieht. Damit soll nicht behauptet werden, daß der nicht die Verwaltungsgerichtsbarkeit betreffende Teil des genannten Gesetzes etwa verfassungswidrig sei, nur, daß dieser Teil sich nicht als Ausführungsgesetz des Art. 114 bis darstellt, sondern mit diesem Ausführungsgesetz zusammengekoppelt wurde. Die Koppelung ist u. E. weder glücklich noch zweckmäßig. Leider weist auch das EOG. diese Verkoppelung auf.

Die Verwaltungsgerichtsbarkeit bildet einen durch die genannte Verfassungsänderung inaugurierten neuen Zweig der *bundesgerichtlichen Rechtsprechung*. Sie wird also durch ein unabhängiges Gericht ausgeübt (Art. 47 Abs. 2 OG., vgl. Art. 21 EOG.), das höchste der Eidgenossenschaft. Selbst innerhalb des Bundesgerichtes ist die Verwaltungsgerichtsbarkeit — mit der Rechtsprechung über öffentliches Recht überhaupt — von der Zivil justiz getrennt (Art. 2 Abs. 1 VDG.), und zwar *prozedural* als auch *organisatorisch* und *personell* (Art. 16 OG., vgl. Art. 12 lit. b EOG.).

Im Gegensatz dazu fällt die nichtgerichtliche Verwaltungsrechtspflege nicht aus dem Verwaltungsorganismus heraus. *Organisatorisch* und *funktionell* ist es eine oberste Verwaltungsstelle, welche die Verfügung einer untern überprüft, und das Besondere gegenüber der Verwaltungstätigkeit liegt bloß darin, daß die Ueberprüfung auf die eventuelle Verletzung eines Rechtssatzes hier durch die Verwaltungsbehörde erfolgt, ohne richterliche Unabhängigkeit[6]).

Die Verkoppelung von Verwaltungsgerichtsbarkeit mit einem Instanzenzug innerhalb des Verwaltungsorganismus in einem Ausführungsgesetz zu Art. 114 bis BV. wäre gerechtfertigt, wenn man den Verwaltungsgerichtshof als eine Art oberste Verwaltungsstelle in den Rahmen des gleichen Behördenorganismus hätte einfügen wollen, wie dies das bernische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 31. Oktober 1909 getan hat (Art. 1).

Das war nicht die Absicht des Gesetzgebers, der als Träger der Verwaltungsgerichtsbarkeit eine von der Verwaltung gesonderte, mit förmlicher

---

[4]) BBl. 1925 II 181.
[5]) Die Disziplinarrechtspflege liegt außerhalb des Rahmens unserer Betrachtungen.
[6]) *Müller:* Diss., S. 158. *Kirchhofer:* S. 3.

richterlicher Unabhängigkeit ausgestattete Gerichtsbehörde eingesetzt hat. So hat denn der Teil des Gesetzes, welcher die „Verwaltungsrechtspflege durch das Bundesgericht" behandelt (Art. 1—21 VDG. u. Art. 97—109 EOG.) mit demjenigen Teil, der die „Verwaltungsrechtspflege durch den Bundesrat" und „durch die Zollrekurskommission" (Art. 22—32 VDG., Art. 124—132 EOG.) behandelt, keine gemeinsame Beziehung[7]). Darum gibt es auch keine allgemeinen Bestimmungen im Gesetz, die alle Teile umfassen, sondern die „Allgemeine Bestimmungen" betitelten Art. 1—3 beziehen sich nur auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Es könnte sich nun die Frage erheben, ob man etwa die gesamte Verwaltungsrechtspflege des Bundes in einem Gesetz einheitlich zusammenfassen sollte. Auch dieses Ziel wäre verfehlt. Zunächst ist nicht einmal die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit in diesem Gesetz zusammengefaßt. Es wurde bereits bemerkt, daß das Bundesgericht als Staatsgerichtshof ein Stück Verwaltungsgerichtsbarkeit übt. Namentlich geben die Beschwerden des Art. 4 BV. Anlaß zu einer Fülle verwaltungsrechtlicher Erörterungen. Des weitern sind die Kompetenzen des Bundesgerichtes im eidgenössischen Expropriationsrecht materiell solche eines Verwaltungsgerichtes.

Außerhalb des Bundesgerichtes besteht ein Spezialverwaltungsgericht in der Institution des Eidgenössischen *Versicherungsgerichtes* (BG. betr. die Organisation des eidgenössischen Versicherungsgerichtes vom 28. März 1917).

Noch weniger ist die Verwaltungsrechtspflege durch Verwaltungsbehörden im VDG. zusammengefaßt. Insbesondere üben Verwaltungsrechtspflege die Eidgenössische Schätzungskommission in Expropriationssachen (Eidg. Expr. Ges. v. 1850, Art. 37), die Rekurskommissionen und die Schätzungskommissionen der Eidgenössischen Militärverwaltung (Vo. d. BR. v. 15. Febr. 1929) und eine große Zahl weiterer eidgenössischer Kommissionen[8]).

Als Grund der gesamten Koppelung wird in der Botschaft zum VDG.[9]) einzig angeführt, daß es „angezeigt erschien, anläßlich der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch das Verfahren in denjenigen Streitsachen zu verbessern, deren Entscheidung nicht dem Verwaltungsgericht übertragen wird." Dieser Grund ist für die Zusammenziehung nichtgerichtlicher und gerichtlicher Verwaltungsrechtspflege in einem Gesetz sicherlich unzureichend, und wir wundern uns, daß, soweit ersichtlich, von keiner Seite gegen diese Verknüpfung heterogener Materien in einem Ausführungsgesetz zum Verfassungsartikel über die Verwaltungsgerichtsbarkeit Stellung bezogen wurde. Auch der neue Entwurf zeigt in dieser Richtung keinen Fortschritt.

Unter diesen Umständen ist es immerhin zu begrüßen, daß die Bestimmungen über die Verwaltungsgerichtsbarkeit wenigstens terminologisch

---

[7]) Im EOG. ist der Art. 32 VDG. über die Verwaltungsrechtspflege durch die Zollrekurskommission weggelassen worden, weil das Zollgesetz bereits die erforderlichen Vorschriften enthält. Durch diese Weglassung hat der Entwurf entschieden gewonnen.

[8]) Weitere Aufzählung in der Botschaft zum VDG., S. 62. Manche dieser Kommissionen stehen *organisatorisch* außerhalb der Bundesverwaltung, aber nicht funktionell.

[9]) *Botschaft 1925:* S. 61.

und systematisch von denjenigen über die nichtgerichtliche Verwaltungsrechtspflege geschieden sind. *Terminologisch* wird der Rechtsbehelf der Verwaltungsgerichtsbarkeit als „Verwaltungsgerichtsbeschwerde" angesprochen (Art. 4 ff. VDG., Art. 97 ff. EOG.), während in der nichtgerichtlichen Verwaltungsrechtspflege der entsprechende Rechtsbehelf als „Verwaltungsbeschwerde" angesprochen wird (Art. 22 ff. VDG.). Ueberdies gibt es in der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch noch eine direkte *Verwaltungsklage* (Art. 17 ff. insb. Art. 20 VDG., wo das Wort Klage ausdrücklich gebraucht wird; vgl. Art. 110, insb. Art. 114 EOG.).

Systematisch wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit unter einen besondern Titel („I. Verwaltungsrechtspflege durch das Bundesgericht") (Art. 1—21 VDG., Art. 97—109 EOG.) behandelt, während die nicht gerichtliche Verwaltungsrechtspflege unter eigenen Untertiteln und Abschnitten behandelt wird (Art. 22—32 VDG., Art. 124—132 EOG.).

Wie die kodifikatorische ist auch die *organisatorische Lösung* des Problems der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit anders ausgefallen als ursprünglich (in den Vorentwürfen) geplant wurde. Der Verfassungsartikel 114bis spricht von einem eidgenössischen Verwaltungsgericht schlechtwegs, stellt aber die Organisation der eidgenössischen Verwaltungs- (und Disziplinar-) Gerichtsbarkeit dem Ausführungsgesetz anheim. Der Vorentwurf Fleiner (III) sah nun ein selbständiges eidgenössisches Verwaltungsgericht mit eigener Organisation und besonderem Sitz vor (Art. 35 ff.). Das vom Bundesrat um sein Gutachten angegangene Bundesgericht empfahl die Uebertragung der Verwaltungsgerichtsbarkeit an das Bundesgericht in der Meinung, daß sie von der staatsrechtlichen Abteilung besorgt werden solle, oder wenn ein besonderes Verwaltungsgericht geschaffen würde, diesem die Rechtspflege auf dem ganzen Gebiete des öffentlichen Rechts zu übertragen, die bisher vom Bundesgericht ausgeübt wurde.

Politische Bedenken gegen eine Zentralisation der Gerichtsbarkeit sind nicht vorhanden, wie etwa bei derartigen Zentralisationen von Verwaltungs- und Regierungsbefugnissen. Im übrigen wird die Rechtsprechung eigentlich nicht vom Bundesgericht als solchem ausgeübt, sondern die wahren Träger der Jurisdiktionsgewalt — der Ausdruck stammt aus dem kanonischen Recht — sind die einzelnen Abteilungen und Kammern, wenn sie auch rechtlich keine Gerichte, sondern nur Spruchbehörden darstellen.

Zutreffend sagt das Gutachten des Bundesgerichtes über die Vereinigung der staats- und verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung bei dieser Behörde: „Das Bundesgericht verkörpert so den Gedanken rechtsstaatlicher Zusammengehörigkeit und Geschlossenheit; eine solche Rechtspflegeeinrichtung festigt nicht nur den innern Halt des Staatswesens, sondern auch sein Ansehen nach außen[10])."

Die nahe Verwandtschaft der Staats- und Verwaltungsrechtspflegefunktionen spricht sich darin aus, daß schon die bisherige staatsrechtliche Rechtsprechung sich, wie bereits hervorgehoben wurde, zum Teil als Verwaltungsjustiz darstellt. Es ist daher bei einer Verbindung dieser geschwi-

[10]) *Verh. der Exp.-Komm.:* II, S. 74 ff.

sterlichen Funktionen nicht zu befürchten, daß in verwandten Fragen die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung auseinandergeht, während anderseits die reiche richterliche Erfahrung und Bildung, die in der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes verkörpert ist, auch der Verwaltungsjustiz zugute kommen kann. Schließlich ist die Grenze zwischen staats- und verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten nicht scharf, und es ist daher im Interesse der Rechtssicherheit, Kompetenzkonflikte zu vermeiden, die zwischen einem selbständigen Verwaltungsgerichtshof und der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes entstehen könnten.

Das Gesetz nahm daher im wesentlichen die Lösung des bundesrätlichen Entwurfs an (Art. 1 und 2 d. Entw. 1925), nach welchem zum Träger der *eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit das Bundesgericht* gemacht wurde (Art. 1 u. 2 VDG., Art. 12 a EOG.) Das Gesetz spricht demgemäß nur vom Bundesgericht und von keinem Verwaltungsgericht mehr, und lediglich das Marginale zu Art. 1 lautet „Bundesgericht als Verwaltungsgericht". Daran ändert nichts, daß nach Art. 2 Abs. 1 VDG. (Art. 12 a EOG.) die Verwaltungsgerichtsbarkeit „von der staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes ausgeübt" wird. Diese Bestimmung betrifft lediglich die innere Organisation, ohne ein selbständiges Tribunal zu schaffen. Es handelt sich bloß um Spruchkammern des gleichen Tribunals[11]). Art. 16 OG. (vgl. Art. 12 a EOG.) drückt das so aus, daß die staatsrechtliche Abteilung nur „hauptsächlich" staatsrechtliche, die verwaltungsrechtliche Abteilung nur „hauptsächlich" verwaltungsrechtliche Sachen beurteilt.

Trotzdem handelt es sich um den Typus eines *echten Verwaltungsgerichtes*[12]), da ein vom Organismus der Verwaltungsbehörden unabhängiges, dem Aufbau der Justiz eingegliedertes Organ mit der Aufgabe betraut ist, die richtige Anwendung des Verwaltungsrechts zu überprüfen. Zur Verwirklichung des Verwaltungsschutzes ist damit ein besonderer „Verwaltungsrechtsweg" eröffnet worden, im Unterschied zum bisherigen „Verwaltungsweg" als Verwaltungsverfahren vor Verwaltungsbehörden. Wir werden deshalb im folgenden der Kürze halber den Ausdruck „Verwaltungsgericht" verwenden. Es handelt sich hier um Gerichtsbarkeit im strengen Sinne des Wortes. Diese bildet nunmehr einen neuen Zweig der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die mit Staats- und Zivilrechtspflege auf einer Stufe steht. Diese Verbindung mit dem Bundesgericht hat schließlich auch den Vorteil, neue Behörden und entsprechende Staatsausgaben zu vermeiden, indem ein schon vorhandenes und bewährtes Gericht mit der Aufgabe des Verwaltungsschutzes betraut wurde[13]).

Die genannte Bestimmung des Art. 2 Abs. 1 VDG. sorgt aber noch weiter dafür, daß, wie bereits erwähnt wurde, innerhalb des Bundesgerichtes die Rechtsprechung über öffentliche und insbesondere über Verwaltungsrechtssachen von der Ziviljustiz getrennt wird (Verwaltungsrechts- und Zivilrechtsweg), und zwar sowohl organisatorisch als auch personell wie

---

[11]) *Kirchhofer:* S. 4. *Burckhardt:* Z. f. g. St., S. 232.
[12]) *Fleiner:* Inst., S. 249. *Kirchhofer:* S. 8.
[13]) *Botschaft 1925:* S. 34. *Ruck:* VR. I, S. 155.

prozedural. Zunächst ist gemäß Art. 16 OG. (vgl. Art. 12 a und 15 EOG.) innerhalb der Staats- und verwaltungsrechtlichen Abteilung eine fünfgliedrige Kammer für die verwaltungsrechtlichen Geschäfte gebildet. Sodann ist nach dem gleichen Artikel die Zivilrechtspflege zwei besondern Kammern übertragen. Allerdings nur „vornehmlich". Die Trennungslinie ist nicht mit voller Schärfe gezogen.

Art. 2 Abs. 2 VDG. ermächtigt das Bundesgericht durch Reglement, verwaltungsrechtliche Sachen, die mit zivilrechtlichen Verhältnissen zusammenhängen, den Zivilabteilungen zu übertragen. Das Bundesgericht hat auch in der Folge davon Gebrauch gemacht und Registersachen (VDG. Anhang III, Art. 99 I EOG.) den Zivilabteilungen und die Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnisse der Bundesbeamten (VDG. Art. 17 a) der Kammer für Beamtensachen übertragen (Art. 5 u. 9 des Regl. v. 26. Nov. 1928).

Die Kammer für Beamtensachen ist eine Spezialabteilung für gewisse Verwaltungssachen im Verhältnis zur verwaltungsrechtlichen Abteilung, die wohl als allgemeine verwaltungsgerichtliche Spruchkammer des Bundesgerichtes anzusprechen ist. In der Zuteilung an die Beamtenkammer liegt daher keine Verwischung der Demarkationslinie zwischen öffentlichrechtlicher und ziviler Justiz, es sei denn in *personeller* Beziehung, insofern auch Mitglieder der Zivilabteilungen in der Beamtenkammer sitzen können. Der Art. 110 a EOG. überträgt die Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis der Bundesbeamten der verwaltungsrechtlichen Kammer und hebt die Kammer für Beamtensachen auf, da sie sich als überflüssig erwiesen hat[14]).

Hingegen sind *Registersachen* wohl Verwaltungssachen, sie weisen aber einen mehr oder weniger starken zivilrechtlichen Einschlag auf. In dem Maße, als dies der Fall ist, berühren sich diese Materien mit der Rechtsprechung der Zivilabteilungen des Bundesgerichtes. Es hätte aber zu weit geführt, von Fall zu Fall Kompetenzverschiebungen vorzunehmen, und darum ist es zu billigen, daß durch reglementarische Bestimmung diese meist in zivilrechtlichen Gesetzen geregelte Materien einheitlich den Zivilabteilungen zugewiesen wurden. Die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden bei der Führung dieser Register stellt sich ohnehin als Mitwirkung bei Entstehung, Aenderung und Endigung von Privatrechten dar oder bezweckt die Beurkundung solcher Rechte.

Schon nach der bisherigen Praxis des Bundesgerichtes konnten auch administrative Entscheide in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter Art. 87 OG. (Zivilrechtliche Beschwerde) fallen[15]). Es handelt sich darum, auch in den jetzt den Zivilabteilungen zugewiesenen Registersachen eigentlich um eine erweiterte zivilrechtliche Beschwerde.

Von diesem Gesichtspunkt aus sollen aber auch die im VDG. Anhang IV genannten Entscheide des Eidgenössischen Departements des Innern (in Art. 99 IV EOG. auf alle Departemente des Bundesrates erweitert) und der kantonalen Aufsichtsbehörden über die Zugehörigkeit der *Stiftungen* zum

---

[14]) *Botsch. 1943:* S. 12.
[15]) *BGE.:* 41 II 762, 42 I 392, 45 II 412.

Gemeinwesen, zumindest aber über die Umwandlung von Stiftungen den Zivilkammern zugeteilt werden[16]).

Anderseits ist eine Verwischung der *Grenzlinie zwischen öffentlichem und privatem Recht* in der Judikatur der einzelnen Abteilungen des Bundesgerichtes nichts weniger als erwünscht. Die Wesensverschiedenheit der beiden Gebiete ist zu groß und das Bundesgericht als Gerichtshof für öffentliches, Recht hat eine Rolle zu erfüllen, der es nicht gerecht werden könnte, wenn privatrechtliche Gesichtspunkte und Denkweise in die öffentlichrechtliche Judikatur hineinsprechen würden. Auch ist mit Recht ein der Sonderart privatrechtlicher Streitigkeiten einerseits und öffentlichrechtlicher anderseits angepaßtes Verfahren vorgesehen worden.

Diesem Postulat ist aber nicht in ganz befriedigender Weise nachgelebt worden. So ist beispielsweise das Verhältnis der direkten Verwaltungsklage der Art. 17 ff. VDG. zur direkten Zivilklage der Art. 48 ff. OG. (Art. 11 EOG.) nicht restlos abgeklärt. Das Bundesgericht als Zivilgericht beurteilt eine Reihe von Streitigkeiten, die in Wirklichkeit öffentlichrechtliche sind, und zwar auf Grund einer veralteten historischen Begriffsbestimmung, die noch auf die alte BV. zurückgeht[17]).

Aber auch das VDG. weist mit Art. 18 d aus den „zivilrechtlichen Streitigkeiten" des Art. 52 OG. solche der Verwaltungsklage zu, die „überwiegend verwaltungsrechtlicher Natur sind". Es wird also kein Kriterium aufgestellt, so daß das Bundesgericht von Fall zu Fall nach Einreichung der Klage eine Art Ueberweisung an die zuständige Abteilung vorzunehmen hat. Richtiger hat Art. 112 EOG. die Prorogation des Verwaltungsgerichtes in andern als in den Art. 110 u. 111 EOG genannten Streitigkeiten bei einem Streitwert von mindestens Fr. 10 000.— auf solche verwaltungsrechtlicher Natur beschränkt.

2. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als Rechtsmittel

Wie schon aus den bisherigen Darlegungen hervorgeht, kommt die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbarkeit in zwei verschiedenen Funktionen dazu, sich mit Verwaltungsstreitigkeiten zu befassen: als Beschwerdeinstanz oder als Prozeßgericht einziger Instanz. Welcher Unterschied besteht nun zwischen den Rechtsbehelfen der *Beschwerde* und der *Klage*?

Die *Botschaft von 1925*[18]) gibt darauf die Antwort, der Unterschied liege in der Stellung, in welcher die Verwaltung der betreffenden Verwaltungssache gegenübersteht: bei der Verwaltungsklage nehme die Verwaltung lediglich als Partei Stellung, eine Stellungnahme, welcher jede exekutorische Wirkung versagt bleibt; die Beschwerde richte sich gegen einen Ver-

---

[16]) Vgl. *Kirchhofer:* S. 19.

[17]) Vgl. *Fleiner:* S. 289 ff. *Kirchhofer:* S. 79. *BGE.:* 40 II 86, 47 II 469, 49 II 109, u. bes. 49 II 415.

[18]) Botschaft 1925, S. 27.

waltungsentscheid, der einem vollstreckbaren Urteil gleichgestellt werden kann.

Aehnlich erklärt *Kirchhofer*[19]), die Verwaltungsklage betreffe Streitigkeiten, „in denen die Entscheidungsbefugnis ausschließlich dem Verwaltungsgericht vorbehalten ist". Die Verwaltung könne im Umfang der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit als einzige Instanz überhaupt nicht entscheiden oder verfügen. Ein Ausspruch der Verwaltung könne hier rechtlich „nur die Bedeutung einer unverbindlichen Parteierklärung oder Meinungsäußerung haben". Hingegen gehe die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf die Nachprüfung von Verwaltungssachen.

Ruck[20]) bezeichnet eine Stellungnahme der Verwaltung zu einem der Verwaltungsklage unterliegenden Fall nur „als eine Klarstellung des verwaltungsmäßigen Standpunktes und des verwaltungsrechtlichen Kampffeldes".

Art. 20 VDG. (Art. 114 EOG.) besagt, eine Verordnung des Bundesrates könne bestimmen, daß eine gegen den Bund gerichtete Klage beim Bundesgericht erst erhoben werden darf, nachdem eine bestimmte Verwaltungsinstanz zum Anspruch Stellung genommen hat. Auch das Gesetz spricht somit von einer bloßen Stellungnahme vor der Verwaltungsklage, im Gegensatz zum verbindlichen Entscheid, der Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bildet.

Burckhardt[21]) ficht hingegen die Unterscheidung zwischen Beschwerde und Klage als nicht passend an, wenigstens nicht, wenn ein Privater oder ein Kanton gegen den Staat auftrete. Wenn z. B. ein Beamter die Erhöhung seiner Pension (Art. 17 VDG., Art. 110 a EOG.) oder ein Privater Schadenersatz wegen eines Unfalles infolge militärischer Uebung verlangt (Art. 17 b VDG., Art. 110 b EOG.), so wende er sich zuerst an die Verwaltungsbehörde, und diese entscheide in pflichtmäßiger Anwendung des Gesetzes. Erst wenn sich diese Personen durch den Entscheid verletzt fühlen, fechten sie die Entscheidungen an, was gemäß Art. 17 VDG. (Art. 110 EOG.) durch Verwaltungsklage zu erfolgen hat. Der vorhergehende Ausspruch der Verwaltungsbehörde sei aber auch in diesem Falle eine Entscheidung oder Verfügung, nicht bloß eine unverbindliche Parteierklärung oder Meinungsäußerung. Wenn nämlich der Geschädigte die ihm erteilte Antwort nicht anfechte, sei die Sache verbindlich erledigt. Hingegen sei die Behauptung einer Partei unverbindlich und brauche deshalb gar nicht erst angefochten zu werden.

Ueber diese Einwendungen des großen schweizerischen Staatsrechtslehrers können wir nicht ohne weiteres hinweggehen, zumal er auch in der Expertenkommission mitgewirkt hat. Seine Bemerkungen sind in der Tat, vom prinzipiellen Standpunkt aus gesehen, voll gerechtfertigt. Der Ausspruch einer zuständigen Behörde ist gerade wegen ihrer Zuständigkeit ein hoheitsrechtlicher Akt, eine verbindliche Entscheidung oder Verfügung,

---

[19]) *Kirchhofer:* S. 75.
[20]) *Ruck:* VR. I, S. 170.
[21]) *Burckhardt:* Z. f. g. St., S. 234, auch Org. d. Rechtsgemeinschaft, S. 2 ff.

die nicht mit einem Akt privater subjektiver Willkür auf eine Linie gestellt werden kann.

Aber gerade weil die Zuständigkeit zu solchen Akten gesetzlich geordnet wird, kann das Gesetz auch Ausnahmen anordnen, insbesondere diese, daß in gewissen Fällen der Ausspruch einer Behörde keine verbindliche Kraft haben solle oder nur eine bedingte. Ebenso kann das Gesetz, welches die Zuständigkeit einer Behörde normiert, bestimmen, daß in ganz bestimmten Fällen ihr Ausspruch nur eine Klarstellung ihres Standpunktes zu einer sie berührenden Frage bedeuten soll.

Das ist aber *positivrechtlich* bei der Verwaltungsklage im Gegensatz zur Beschwerde der Fall. Zunächst kann, wo diese Klage vorgesehen ist, der Aktivlegitimierte zur Klage vor Bundesgericht schreiten, ohne überhaupt die Verwaltungsbehörde zuvor begrüßt zu haben. Der Beamte z. B., dem seine Pension nach wie vor in gleicher Höhe ausgerichtet wird, kann eines Tages die Verwaltungsklage auf Pensionserhöhung anstrengen, ohne zuvor um eine Erhöhung bei der zuständigen Verwaltungsbehörde überhaupt nachgesucht zu haben. Aber selbst wenn der Bundesrat gemäß Art. 20 VDG. (Art. 114 EOG.) verordnet, daß die zuständige Verwaltungsinstanz zuerst zum Anspruch Stellung genommen haben müsse, hat dies lediglich die Bedeutung einer *Prozeßvoraussetzung* ohne materiellrechtliche Wirkungen. Wegen der Nichtbefristung der Verwaltungsklage kann auch davon keine Rede sein, daß der Aeußerung der Verwaltungsbehörde auch nur formelle Rechtskraft zukomme. Daß der Gesetzgeber es so haben will, hat er in Art. 17 ff. VDG. und besonders in Art. 20 VDG. zum Ausdruck gebracht (vgl. Art. 110 u. 114 EOG.).

Zutreffend bemerkt *Kirchhofer*[22]), daß diese Prozeßvoraussetzung schon erfüllt ist, wenn die angegangene Behörde innert angemessener Frist sich nicht äußert. Wir möchten noch hinzufügen, daß das Gesetz weder bestimmt, in welcher *Form diese Stellungnahme* stattzufinden habe (Eröffnung, Mitteilung, Zustellung), noch den Interessenten an irgend eine *Frist* zur Klage bindet.

Zwischen Verwaltungsklage und Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist somit der Unterschied unverkennbar. Die Verwaltungsklage dient wie jede Klage zur Durchsetzung eines Anspruchs (hier eines öffentlichrechtlichen) gegen eine *Gegenpartei*. Auch die Behörde selbst (Bund) kann als Kläger auftreten (Art. 17 VDG., Art. 110 EOG.). Der Prozeß dient nicht der Kontrolle der Verwaltungstätigkeit. Selbst wo ein Verwaltungsentscheid vorausgeht, ist er auf den Prozeß ohne Einfluß.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde bezweckt die gerichtliche *Ueberprüfung* eines angefochtenen Entscheides einer Verwaltungsbehörde. Sie ist ein prozessuales Rechtsmittel, das fristgerecht eingereicht werden muß (Art. 13 VDG., Art. 107 EOG.) und mit welchem der Beschwerdeführer die Abänderung des Verwaltungsentscheides anstrebt, von welchem er sich verletzt fühlt. Allerdings nähert sich die Beschwerde einer Klage, durch die Befugnis auch von Verwaltungsbehörden gegen Entscheide anderer

---

[22]) *Kirchhofer:* S. 76.

Verwaltungsbehörden Beschwerde zu erheben[23]). Aber in diesen Fällen handelt es sich, wie noch im IV. Kapitel auszuführen sein wird, nicht um den Schutz subjektiver Rechte, sondern um Wahrung des öffentlichen Interesses und des objektiven Rechts.

Was nun den *Charakter* der Verwaltungsgerichtsbeschwerde betrifft, so ist sie vor allem dadurch besonders ausgezeichnet, daß sie andere Rechtsmittel, die in der gleichen Sache noch zulässig wären, ausschließt. Dies gilt vor allem gegenüber der Verwaltungsbeschwerde (Art. 23 a VDG., Art. 126 EOG.), aber auch gegenüber dem staatsrechtlichen Rekurs in der Staatsrechtspflege, soweit es sich um Verwaltungsrechtsschutz handelt. Schließlich gegenüber der zivilrechtlichen Beschwerde (Art. 86 ff. OG., vgl. Art. 68 ff. EOG.)[24]). Es handelt sich also um ein *primäres und exklusives Rechtsmittel.*

Die Beschwerde ist kein lediglich *kassatorisches* Rechtsmittel und auch keine bloße Nichtigkeitsbeschwerde. Sie bezweckt nämlich nicht nur Kassation des angefochtenen Entscheides, sondern ermöglicht auch *Reformation* desselben durch das Verwaltungsgericht. Art. 16^2 VDG. (Art. 109^2 EOG.) gestattet ihm nämlich, auch selber in der Sache zu entscheiden (meritorische Funktion).

Auch sonst hat das Verwaltungsgericht *appellatorische Funktionen:* Es vollzieht nicht nur eine revisio in jure, sondern kann auch eine revisio in facto vornehmen („ob der angefochtene Entscheid auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes beruht", Art. 11 VDG., Art. 105 EOG.), und zwar nicht bloß im Sinne der zivilprozessualen Verhandlungsmaxime, sondern in dem der *Untersuchungsmaxime*, d. h. auch ohne Parteivorträge in dieser Richtung. Darin kommt die öffentlichrechtliche Natur des verhandelten Anspruchs zum Ausdruck. Im Gegensatz zu einer alten Appellation fehlt allerdings der *Suspensiveffekt* (Art. 12 VDG., Art. 106 EOG.).

Zu der Möglichkeit der *Ueberprüfung der Tatfrage* „von sich aus oder auf Begehren des Beschwerdeführers" bemerkt Burckhardt[25]), das Gesetz hätte besser darüber geschwiegen und es dem Verwaltungsgericht überlassen, wie weit es sich auf eine solche Ueberprüfung einlassen wolle. Die tatsächliche Grundlage solle nicht schon deshalb als zweifelhaft angesehen werden, weil sie der Beschwerdeführer bezweifelt. Wenn man der Verwaltung vor Verwaltungsgericht keinen Glauben schenke, dränge man sie in die Stellung einer rücksichtslosen Partei. Sie solle aber als Behörde geachtet werden.

Wir glauben, daß diesen berechtigten Bedenken durch das Wörtchen „kann" genügend Rechnung getragen wurde. Es steht ganz beim Verwaltungsgericht, von der Befugnis einer revisio in facto Gebrauch zu machen oder nicht. Burckhardt selbst schließt seine Betrachtungen mit

---

[23]) Näheres vgl. IV. Kap. hernach.

[24]) Kaum richtig *Ruck* VR. I, S. 163, der davon spricht, diese Beschwerde habe den Vorrang gegenüber andern Rechtsmitteln. Vorrang bedeutet noch nicht Ausschluß anderer. *Kirchhofer* äußert sich darüber nicht.

[25]) *Burckhardt:* Z. f. g. St., S. 243.

dem Satz: „Das Bundesgericht wird diese Unterscheidung ohne gesetzliche Anleitung zu machen wissen."

Hingegen möchten wir diese revisio in facto von einem andern Gesichtspunkt ins Auge fassen. Steigert das Verwaltungsgericht durch das Aufrollen der Tatfrage nicht seine Funktionen bis zur eigentlichen Verwaltungstätigkeit, statt bloß als Rechtsschutzorgan zu fungieren, und geht diese Tatsachenüberprüfung nicht auch bis zur Ueberprüfung des Ermessens?

Die Frage, ob ein Verwaltungsgericht in den Formen der Justiz *Verwaltung* betreibe, wird in schweizerischer und ausländischer Literatur bejaht[26]). Durch das VDG. wird diese Folge u. E. sogar *verstärkt*, und zwar in mehrfacher Richtung:

a) durch die eben genannte revisio in facto;
b) die gleichfalls bereits berührte *meritorische Funktion* der Beschwerde (Art. 16^2 VDG., Art. 109 EOG.);
c) die Ueberprüfung nach der *Untersuchungsmaxime*, also von Amtes wegen (Art. 11 VDG., Art. 105 EOG.);
d) das Nichtgebundensein an die Beschwerdegründe (Art. 16 VDG., Art. 109 EOG.);
e) in Kriegssteuersachen durch die Möglichkeit, *über die Parteibegehren hinauszugehen* (Art. 16 VDG.). Nach Art. 109 EOG. ist diese Möglichkeit sogar auf alle Steuersachen ausgedehnt worden;
f) durch Berücksichtigung von nova (dazu die weitern Ausführungen).

Diese Folge scheint aber bei einem echten Verwaltungsgericht unvermeidbar und beweist wieder, daß die organisatorische und funktionelle Trennung von Justiz und Verwaltung sich wohl im Prinzip, aber nicht auf der ganzen Linie restlos durchführen läßt. Dies umsoweniger, als das schweizerische Verwaltungsgericht sogar vor der Nachprüfung von *Ermessensentscheiden* nicht unbedingt Halt machen muß. Wir müssen uns hier — dem Rahmen dieser Darlegungen Rechnung tragend — versagen, auf diese interessante Frage näher einzutreten. Nach den gerade in diesem Punkt ausführlichen Darlegungen Kirchhofers[27]) kommt dem Verwaltungsgericht angesichts des Wortlautes des Art. 10^1 im Gegensatz zu Kriegs- und Militärsteuersachen (Abs. 2) die Ermessenskontrolle *nicht* zu. (Dies bleibt auch im EOG. gleich, wo im Abs. 2 des Art. 104 „Kriegs- und Militärsteuersachen" durch den allgemeinern Ausdruck „Steuersachen" ersetzt wurde.)

Im Gegensatz dazu steht *Burckhardt* [28]) auf dem Standpunkt, daß jede Ermessensfrage entweder eine Rechts- oder eine Tatfrage ist, daher der Kognition des Verwaltungsgerichts untersteht, das sowohl Rechtsfragen (Art. 10 VDG., Art. 104 EOG.), wie Tatfragen (Art. 11 VDG., Art. 105 EOG.) zu überprüfen hat. Burckhardt schließt seine, übrigens sehr knappen Bemerkungen mit der Feststellung, daß die Ueberprüfung des *rechtlichen*

---

[26]) *Tezner:* Die deutschen Theorien der Verwaltungsrechtspflege, S. 105 ff. *Fleiner:* SchBStR., S. 132, Instit.: S. 257 ff. *Kirchhofer:* S. 8 ff. *Mayer:* S. 152 ff. *Jellinek:* VR., S. 290 ff.

[27]) *Kirchhofer:* S. 47—60.

[28]) *Burckhardt:* Z. f. g. St., S. 244.

Ermessens durch ein Verwaltungsgericht dazu beiträgt, die Rechtsgrundsätze abzuklären und zu festigen. Hingegen sei die Frage des *technischen Ermessens* in der Regel besser den Verwaltungsbehörden zu überlassen.

Diese Bemerkungen scheinen uns mehr de lege ferenda als de lege lata zuzutreffen, da der Gegensatz zwischen Abs. 1 und 2 Art. 10 VDG. (Art. 104 Abs. 1 u. 2. EOG.) allzudeutlich zeigt, daß man nur in Kriegs- und Militärsteuersachen eine Ermessenskontrolle zulassen wollte (nach dem EOG. allgemein in Steuersachen), und zwar wegen der besondern Natur dieser Materie. Hingegen sind *Ermessensüberschreitung* und *Ermessensmißbrauch* ohne Zweifel Rechtsverletzungen und fallen daher jedenfalls unter Art. 10^1 VDG. (Art. 104^1 EOG.)[29]).

Anschließend daran soll die Frage der Zulässigkeit der *nova* geprüft werden. Die Zulässigkeit des Vorbringens neuer Tatsachen im Beschwerdeverfahren wird im Gesetz nicht beantwortet, folgt aber u. E. aus der Untersuchungsmaxime des Art. 11 VDG. (Art. 105 EOG.), welcher dem Verwaltungsgericht auch „von sich aus" die Prüfung auferlegt, ob der angefochtene Entscheid nicht nur auf einer unrichtigen, sondern auch auf einer „*unvollständigen* Feststellung des Sachverhaltes" beruhe.

Wie ist es aber mit nova bestellt, die Tatsachen betreffen, welche erst nach der Fällung des angefochtenen Entscheides eingetreten sind? Solche zu prüfen hat das Verwaltungsgericht sicherlich keine Pflicht, da auf Grund dieser nova ein neues Gesuch an die Verwaltungsbehörde gestellt werden kann. Es kann aber dem Verwaltungsgericht, das zusammen mit der ganzen Verwaltung am *objektiven Recht* zu arbeiten hat, u. E. nicht verwehrt werden, auch solche nova in Betracht zu ziehen[30]).

Alle diese Umstände gestalten die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu einem sehr wirksamen Rechtsschutzmittel, das sich stark der Verwaltungsklage nähert, indem es nahezu zu einer neuen Beurteilung des Verwaltungsstreites durch das höchste Gericht führt, in gewissen Sachen sogar über den Rahmen der Beschwerdeanträge hinaus (Kriegssteuersachen, neu: Steuersachen). Der Gesetzgeber hat sich also mit keinen Halbheiten begnügt, sondern hat hier ganze Arbeit geleistet.

3. Die Beschwerdematerien und der anfechtbare Entscheid

Zu der umfassenden Ausgestaltung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde hätte ein allgemeiner Verwaltungsrechtsschutz am besten gepaßt. Der dritte Vorentwurf Fleiner hatte diese Konsequenz auch gezogen. Diese Lösung ist hauptsächlich am Widerstand des Bundesrates gescheitert, der befürchtete, man beabsichtige dadurch die Bundesverwaltung unter Vormundschaft zu stellen[31]), was zum mindesten übertrieben war. Es blieb

---

[29]) So auch *Ruck:* VR. I, S. 166, für die selbständige Ueberprüfung der angewandten Ermessensgrundsätze durch das BGer. im Zivilrecht. Vgl. *Weiß:* Berufung, S. 176, 180, 184, 261 und *BGE.:* 51 II 171.

[30]) Etwas abweichend *Kirchhofer:* S. 46.

[31]) *Botsch. 1911:* S. 11.

also bei der *Enumerationsmethode*, für welche eigentlich nur ein einziges Argument spricht: Die leichte Uebersichtlichkeit. Aber auch dieses Argument trifft nicht ganz zu, wenn man nicht nur die Art. 4—7, sondern auch den *Anhang* zu Art. 4 lit. c VDG. in Betracht zieht, in welchem Dutzende von Materien aufgezählt werden. Auch im neuen Art. 99 EOG. hat es beim bisherigen Enumerationskatalog im wesentlichen sein Bewenden. Nur ist der bisherige „Anhang" in den Text des Art. 99 aufgenommen worden, wobei weggelassen wurde, was in neuen Spezialgesetzen bereits enthalten ist. Der ganze Aufbau ist dadurch etwas harmonischer geworden.

Gegen die Enumeration spricht hauptsächlich, daß der Verwaltungsschutz nur beschränkt gegeben ist und daß bei der enormen Ausdehnung der Verwaltungsgesetzgebung, die den breitesten Raum in der ganzen Legislatur einnimmt, leicht ganze Kategorien von Streitsachen übersehen werden können, die sich zur verwaltungsgerichtlichen Beurteilung eignen, ferner, daß man bei jedem neuen Verwaltungsgesetz wieder neu die Punkte wird bezeichnen müssen, die vor Verwaltungsgericht gezogen werden können[32]). Letzterem Bedenken begegnet der EOG. dadurch, daß er alles wegläßt, was in Spezialgesetzen bereits enthalten ist. Dadurch gewinnt aber die Uebersichtlichkeit keineswegs.

Die Enumeration, wie sie in den Art. 4—6 VDG. durchgeführt wurde, hat durch die neuen Art. 97—100 EOG. sowohl redaktionelle als auch materielle Aenderungen erfahren[33]).

Darnach sind gemäß Art. 97—100 EOG. vier Kategorien von Beschwerdesachen zu unterscheiden: Bundesrechtliche Abgaben (Art. 97 EOG. Art. 4a u. 5 VDG.), öffentlichrechtliche Kautionen (Art. 98 EOG., Art. 4b u. 6 VDG.) und die enumerativ aufgeführten Fälle des Art. 99 EOG. I—XI (wie Anhang zum VDG.). Doch ist gemäß Art. 100 EOG. die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ferner zulässig, wo das Bundesrecht sie sonst vorsieht. Dieser letzte Vorbehalt sprengt eigentlich die *limitative Enumeration* der Art. 97—100 EOG. Er erwies sich als notwendig, weil eine Reihe von Bundesgesetzen und Noterlassen aus der Zeit nach dem VDG. die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorsehen[34]).

a) *Abgaben.*

Innerhalb der Enumeration enthält aber Art. 97 EOG. ähnlich wie Art. 4a und 5 VDG. eine generelle Klausel für bundesrechtliche Abgabesachen, ebenso Art. 98 EOG. wie Art. 4b und 6 VDG. für öffentlichrechtliche Kautionssachen. Art. 101 EOG. nimmt hingegen wieder aus: „Entscheide, die an die eidgenössischen Instanzen weitergezogen werden können, welche für die Verwaltungsrechtspflege besonders eingesetzt sind." Art. 7b VDG. spricht nur von Entscheiden, die an die eidgenössische Zollrekurskommission weitergezogen werden können. Nun wurde aber einerseits Art. 32 VDG. über die Verwaltungsrechtspflege durch die Zollrekurskommission

---

[32]) Vgl. Verhandlungen der Expertenkommission (I. Konf.), S. 65 ff.
[33]) Abstimmungsvorlage der eidgenössischen Räte Nr. 4348 der Sommersession 1943.
[34]) *Botsch. 1943:* S. 45.

nicht mehr in den EOG. aufgenommen, weil dieses von der Aufzählung solcher Materien absieht, über die bereits die einschlägigen Gesetze die erforderlichen Kompetenzvorschriften enthalten. Anderseits sind seither neue Rekurskommissionen geschaffen worden, wie die Alkoholrekurs- und die Getreidekommission[35]).

Eine weitere Ausnahme statuiert Art. 101 c EOG., gleichlautend mit Art. 7 c VDG. in bezug auf Entscheide über Ansprüche aus dem Tarif-, Tax-, Gebühren- und Transportwesen der Bundesbahnen. Die Botschaft zum VDG. zitiert hiefür einen Bericht der Generaldirektion der Bundesbahnen, nach welchem den Taxbestimmungen und Tarifsätzen ohne Zweifel öffentlichrechtlicher Charakter zustehe, die Beziehung der Einzelperson zur Eisenbahn aber privatrechtlich sei. Diese Stellungnahme halten wir für anfechtbar, da der Transportvertrag der Bahnen auch kraft positiven Rechts nicht dem OR. unterstellt worden ist, sondern Art. 455^3 OR. ausdrücklich „die besondern Vorschriften über Frachtverträge der Post, der Eisenbahnen und Dampfschiffe vorbehalten" hat. Dieses Transportgesetz von 1893 ist aber als öffentlichrechtliches Gesetz ergangen[36]). Die Zivilgerichte dürfen daher mit Recht Klagen Privater aus Taxen und Gebühren der Bundesbahnen oder Klagen der Bundesbahnen (eigentlich des Bundes) auf Zahlung solcher Gebühren als nicht auf den Zivilrechtsweg gehörend zurückweisen, so daß diese Sachen nunmehr in der Luft hängen bleiben und dem Rechtsweg, dem zivil- und verwaltungsrechtlichen, entzogen bleiben.

Im übrigen sind wie in Art. 5^1 VDG. und auch in Art. 97^1 EOG. beschwerdefähig nicht nur Entscheide über die *Entrichtung* oder *Rückerstattung*, sondern auch über die *Abgabepflicht* oder *Abgabefreiheit*. Damit soll nicht der Gegenstand der Entscheidung spezifiziert werden. Vielmehr soll wie bisher das Beschwerderecht nicht auf Entscheidungen über bestimmte Ansprüche aus dem Steuerverhältnis beschränkt, sondern im Gegenteil auch auf bloß mögliche Ansprüche erweitert werden. So nämlich auf *Feststellungsansprüche*, die insbesondere für das Verkehrssteuerrecht bedeutsam sind[37]). Jedenfalls scheinen aber Entscheide über Abgabestundung oder -erlaß nicht darunter zu fallen[38]). Was hingegen die *Sicherstellungsverfügungen* betrifft, die Art. 5^2 lit. b VDG ausdrücklich erwähnt, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen alle Sicherstellungsverfügungen in Bundessteuersachen inzwischen bereits in den einzelnen Steuererlassen ausdrücklich vorgesehen worden.

Daß auch nach Art. 97 EOG. für *Steuerbußen* die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Betracht kommt, ist nach der allgemeinen Fassung des Art. 97 nicht zweifelhaft. Art. 5^2 lit. b VDG. erwähnt „Nachsteuern und Steuerbußen" ausdrücklich. Im übrigen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde durch die neue Steuergesetzgebung für die Krisenabgabe, das

---

[35]) *Botsch. 1943:* S. 47.
[36]) *Ruck:* VR. II, S. 148.
[37]) *Botsch. 1925:* S. 43. *Botsch. 1943:* S. 45.
[38]) *Kirchhofer:* S. 17. *Ruck:* VR. II, S. 163.

Wehropfer und die Wehrsteuer ausdrücklich vorgesehen. Wo schließlich Bußen im *Strafverfahren* nach dem BStrP. ausgefällt werden, ist die Nichtigkeitsbeschwerde gemäß Art. 310 BStrP. gegeben.

Eine bedeutsame Korrektur des Art. 5 VDG. macht Art. 97^2 EOG. in der beispielsweisen Aufzählung der in Betracht kommenden Abgaben. Während das VDG. z. T. bereits inzwischen überholte Bundessteuern aufzählt, sieht Art. 97^2 EOG. überhaupt davon ab, einzelne Steuerarten aufzuzählen[39]), die z. T. vorübergehender Natur sind, und ersetzt dies durch Aufzählung der möglichen *Steuerobjekte*.

Art. 97^3 EOG. verbessert schließlich die Fassung des Art. 5^3 VDG., in dem er der Anfechtung durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht Entscheide über „Beschwerdekosten", sondern über „Verfahrenskosten" unterstellt.

b) *Kautionen.*

Art. 4 lit. b und 6 VDG. enthalten eine Art genereller Klausel über die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Entscheide „über Ansprüche auf Leistung oder Rückerstattung öffentlichrechtlicher Kautionen". Gleichlautend ist Art. 98 EOG. Im Unterschied von Abgaben sind aber hier Feststellungsentscheide über Kautionspflicht und Kautionsfreiheit nicht inbegriffen.

c) *Enumerationskatalog.*

Die scheinbar einfache Enumeration in den Art. 4—6 VDG. und Art. 97 u. 98 EOG. wird durch den katalogartigen Anhang des VDG., bzw. die Ziffern I—XI des Art. 99 EOG. in das Gegenteil gekehrt und schafft so ein Mosaik beschwerdefähiger und nicht beschwerdefähiger Materien, die durch neue Verwaltungsgesetze noch weiter variiert werden dürften. Schon vom VDG. bis zum neuen EOG. mußten mehrfache Aenderungen vorgenommen werden.

Für die Unterstellung gerade dieser paar Dutzend Materien war nach der Botschaft wegleitend die Absicht, Regierungs- und Ermessensfragen sowie technische, militärische, internationale, nebensächliche und von Natur dringliche Angelegenheiten grundsätzlich von der Verwaltungsgerichtsbarkeit auszuschließen. Mit Recht meint Burckhardt[40]), es wäre gesetzestechnisch einfacher gewesen, zu erklären, der Verwaltungsgerichtsbarkeit seien fähig alle Entscheidungen eidgenössischer Behörden[41]), mit Ausnahme gewisser Gegenstände, wie internationale, militärische und politische.

Der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterliegen die genannten Materien nur, wenn ein *Entscheid* einer Verwaltungsbehörde vorliegt (Art. 8 VDG. und

---

[39]) Von den *heutigen Bundessteuern* kämen in Betracht: Militärpflichtersatz, Stempelabgaben, Kriegsgewinnsteuer, Wehropfer, Ausgleichsteuer, Wehrsteuer, Auswandererwehrbeitrag, Warenumsatz- und Luxussteuer und die noch nicht liquidierten Fälle der Krisenabgabe.

[40]) *Burckhardt:* Z. f. g. St., S. 233.

[41]) Aber auch kantonale Entscheide kommen in Betracht (Art. 8b VDG., Art. 102b EOG.).

Art. 102b EOG.), wobei auch *Verfügungen* als Entscheide im Sinne des Gesetzes gelten (Art. 44 VDG.). Der Unterschied liegt in der bloß deklaratorischen oder der konstitutiven Wirkung[42]). Ergeht kein Entscheid, so kann — etwa wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung — das Verwaltungsgericht nicht angerufen werden. Hier wird wohl die verwaltungsrechtliche Aufsichtsbehörde anzurufen sein, bei kantonalen Entscheidungen ist der staatsrechtliche Rekurs aus Art. 4 BV. zulässig.

Zugelassen wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht gegen Entscheide des Bundesrates selbst[43]), sondern bloß der Mittelinstanzen, insb. der Departemente des Bundesrates und anderer eidgenössischer Amtsstellen. Diesen sollen aber die der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstehenden Sachen zur selbständigen Erledigung übertragen werden (Art. 8 a VDG., Art. 102 a EOG.). Damit ist eine *gesetzliche*, vom Bundesrat nicht mehr abänderliche *Delegation* geschaffen (in Abänderung des BG. über die Organisation der Bundesverwaltung v. 26. März 1914, Art. 23).

Es mußten aber auch *kantonale Entscheide* der Verwaltungsgerichtsbarkeit unterstellt werden, allerdings nach Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges, da in einer Reihe unterstellter Materien eben auch kantonale Instanzen entscheiden (z. B. in Registersachen, in Militärsteuersachen). Damit fällt auch das Kriterium: gegen kantonale Entscheide staatsrechtliche, gegen eidgenössische verwaltungsgerichtliche Beschwerde.

Damit stellt sich aber nun die Frage, in welchem *Verhältnis die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zum staatsrechtlichen Rekurs* stehe.

Art. 113 Ziff. 3 BV. erklärt das Bundesgericht zuständig zur Beurteilung von „Beschwerden betr. Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger". Art. 178[1] OG. und Art. 84 EOG. beschränken diese Rechtsprechung auf *kantonale* Verfügungen und Erlasse. Der Begriff der verfassungsmäßigen Rechte wurde durch die Praxis auf alle solche Rechte ausgedehnt, seien sie in der BV. selbst, in der Bundesgesetzgebung oder in den kantonalen Verfassungen festgelegt, auch in Konkordaten oder Staatsverträgen der Kantone[44]).

Nun kann aber eine Verletzung der Verfassung auch in Bestimmungen *kantonalen Rechts* liegen, so daß auch eine gewisse Kontrolle über dessen Anwendung möglich ist (z. B. willkürliche Anwendung derselben. Art. 4 BV.). Wenn nun gemäß Art. 8[2] VDG. und Art. 102 EOG. das Verwaltungsgericht auch zur Beurteilung von Beschwerden gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zuständig ist, kann in gewissen Fällen eine Konkurrenz der Rechtsmittel eintreten, und es frägt sich daher, welches von beiden zur Anwendung kommen soll.

---

[42]) *Kirchhofer:* S. 24. *Ruck:* VR. I, S. 60, 61. Verwaltungsrechtlich sind die Verfügungen wichtiger, weil sie Rechtszustände begründen, ändern oder aufheben und nicht nur feststellen, was Rechtens ist.

[43]) Dieser wollte unbedingt von der Verwaltungsgerichtsbarkeit verschont bleiben und hat dies auch durchgesetzt. *Botsch. 1911*, S. 27 ff., *Exp.-Komm.* I. Konf., S. 101.

[44]) *Burckhardt:* Kom. z. Art. 113 BV. *Jenny:* Die Verwaltungsrechtspflege (1910), S. 38 ff.

Im Prinzip ist zunächst zu sagen, daß die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegenüber dem staatsrechtlichen Rekurs das speziellere Rechtsmittel ist (BGE.: 49 I 284, 50 I 63)[45]). Sie kann ihn aber nicht vollständig ersetzen, da sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor allem nicht gegen allgemeine kantonale Erlasse mit Gesetz- oder Verordnungscharakter richtet. Ebensowenig können mit dieser Verletzungen von Konkordaten und Staatsverträgen der Kantone mit dem Ausland verfolgt werden, es wäre denn, daß dadurch indirekt Bundesrecht verletzt erscheint (z. B. willkürliche Anwendung). In diesen Fällen liegt also keine Konkurrenz vor.

Anderseits kommen kantonale Verwaltungen in vielen beschwerdefähigen Materien (Registersachen, Stiftungsaufsicht, Wasserwirtschaftsamt, Lotteriewesen) oft in die Lage, kantonales Recht in ihren Entscheidungen anzuwenden, das weder dem eidgenössischen Staats- noch dem verwaltungsrechtlichen Rechtsschutz unterstellt ist. Auch hier liegt keine Konkurrenz vor, da bundesgerichtliche Ueberprüfung nicht in Frage kommt.

Hingegen steht, wie schon ausgeführt wurde, wegen Verweigerung oder Verzögerung eines Entscheides, soweit es sich um kantonale Behörden handelt, der staatsrechtliche Rekurs aus Art. 4 BV. offen. Sollte man aber hier wenigstens gegen solche Rechtsverweigerung oder -verzögerung *eidgenössischer Behörden* eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulassen, wo würde man eine Lücke ausfüllen und — gegen Kirchhofer — eine Interpretation des Art. 8 VDG. und Art. 132 EOG. vornehmen, wie sie die Praxis auch bei Art. 178[1] OG. vorgenommen hat, der die gleiche Formulierung wie Art. 8[1] VDG. und Art. 102 EOG. aufweist.

---

[45]) *Kirchhofer:* S. 74.

II. DIE PARTEIEN IM BESCHWERDEVERFAHREN

1. Bei Widerstreit zwischen Sonderinteressen und Gemeininteressen

Das VDG. spricht nirgends aus, daß die Verwaltung im Beschwerdeverfahren Partei sei, aber es setzt es voraus. So spricht Art. 15 VDG. und Art. 109 EOG. von Parteien, also von mindestens zwei, während in der Mehrzahl der Fälle nur eine Partei vorhanden wäre, wenn nicht auch der Behörde Parteieigenschaft zukäme. Auch bei den Rechtsbegehren (Art. 16 VDG. und Art. 109 EOG.) wird von Parteien gesprochen und der Verweis auf die Anwendbarkeit von Bestimmungen des OG. über das staatsrechtliche Rekursverfahren scheint gleichfalls die Stellung der Verwaltung im Beschwerdeverfahren als Partei im prozessualen Sinne zu bestätigen.

Das ist auch in den Vorarbeiten zum VDG. als so selbstverständlich hingenommen worden, daß nirgends die Frage nach der Zulässigkeit der Parteistellung der Verwaltung auch nur zur Diskussion gestellt wurde. Erst in der Burckhardtschen, leider sehr kurzen Kritik einiger Punkte des VDG., die bereits mehrmals zitiert wurde, finden sich gewisse Zweifel an der Zulässigkeit der Parteistellung der Verwaltung[46]). Insbesondere wird dort für die Glaubwürdigkeit der „beklagten Verwaltungsbehörde" eine Lanze gebrochen mit der Motivierung, daß, wenn man ihrer tatsächlichen Feststellung keinen Glauben schenkt, man sie „in die Stellung einer rücksichtslosen Partei" drängt, „die sich wie eine private aller Mittel bedienen muß, um zu ihrem Rechte zu gelangen". Das dürfe nicht sein.

An einer andern Stelle sagt Burckhardt (S. 241), der Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbarkeit widerstrebe dem Parteiverfahren.

Eindringlicher geht *Kirchhofer*[47]) auf die Frage ein. Die Behörde als Partei ist für ihn eine ungenaue Redeweise, da eigentlich nicht die Behörde gemeint sei, sondern der hinter ihr stehende Staat (Bund, Kanton). Auch sei die Parteistellung der Behörde nur eine formale Sache, da in Wirklichkeit Verwaltungsgericht und Verwaltungsbehörde die gleiche Aufgabe haben: die Verwirklichung des objektiven Rechts.

Das trifft im allgemeinen zu. In concreto aber gilt es u. E. erst festzustellen, was mit der Parteistellung der Behörde im Verwaltungsprozeß des VDG., insbesondere im Beschwerdeverfahren (im Gegensatz zur Verwaltungsklage der Art. 17 ff.), gemeint sei.

---

[46]) *Burckhardt:* Z. f. g. St., S. 243.

[47]) *Kirchhofer:* S. 31, in Anlehnung an die Literatur des deutschen Verwaltungsrechts, insb. *Fleiner:* Inst., S. 265, und *Mayer:* S. 149 ff.

Gegen eidgenössische Behörden können überhaupt nur Private Beschwerde erheben. Die Verwaltung ist daher in diesen Fällen die Behörde, von welcher der angefochtene Entscheid ausgegangen ist. Als solche wird ihr eine Frist zur Vernehmlassung über die Beschwerde angesetzt (Art. 184 OG., vgl. auch Art. 93 EOG.). Ihre Beschwerdeantwort, wie man sie in der Literatur bezeichnet, hat ihr Seitenstück im Verfahren über die zivilrechtliche Beschwerde, das auch eine Vernehmlassung der Behörde kennt, von welcher der Entscheid ausgegangen ist (Art. 91 OG., vgl. Art. 72[3] EOG.). Freilich hat die Beschwerdeantwort im Verwaltungsprozeß mehr als bloß informatorische Bedeutung; jedenfalls erhebt sich die Frage, ob die Behörde auch Anträge in der Sache selbst und in bezug auf das Verfahren (z. B. Beweiserhebung) stellen kann.

Die Frage ist zu bejahen, aber aus der Natur der Sache ergeben sich wichtige Beschränkungen. Da *keine Anschlußbeschwerde* möglich ist[48]), kann die Behörde mit ihren Rechtsbegehren nicht mehr verlangen als die Abweisung der Beschwerde. *Selbständige Anträge kann sie nicht stellen.* Nur in Kriegssteuersachen (nach Art. 109 EOG. in allen Steuersachen) *könnte* die Behörde als beklagte Partei auch Abänderungsanträge stellen, da in dieser Materie das Urteil auch eine reformatio in pejus sein kann (Art. 16 VDG.)[49]).

In der Praxis äußert sich diese mehr passive Stellung darin, daß sich die Verwaltung vielfach darauf beschränkt, auf ihre Stellungnahme im Verwaltungsbeschwerdeverfahren, soweit ein solches dem Verwaltungsgerichtsverfahren vorausgeht, einfach zu verweisen. Wie steht es nun aber mit Beweisanträgen? Unter der Herrschaft der *Untersuchungsmaxime* (Art. 11 VDG. und Art. 105 EOG., vgl. I. 2 hievor) kann auch von einer subjektiven *Beweislast* der beschwerdebeklagten Behörde keine Rede sein. Dies um so weniger, als an sich ja der Beschwerdeführer, der eine Abänderung des angefochtenen Entscheides anstrebt, beweispflichtig wäre, wenn nicht die Untersuchungsmaxime eingreifen würde[50]).

Kirchhofer meint nun, das Verfahren beruhe trotzdem nicht auf der reinen Untersuchungsmaxime, der Verwaltungsrichter habe nicht wie der Untersuchungsrichter im Strafprozeß das gesamte Prozeßmaterial in amtlicher Tätigkeit herbeizuschaffen; vielmehr sei es Sache des Beschwerdeführers, Beweismaterial zu nennen. Allein dies ist u. E. nicht Folge einer Beweislast, sondern die Beantwortung der Frage, welche Partei die *Folgen der Beweislosigkeit* zu tragen habe. Jede Partei trägt das Risiko für das Vorhandensein der Voraussetzungen derjenigen Norm, deren Anwendung sie wünscht[51]), d. h. wenn diese Voraussetzungen nicht erwiesen sind, *ohne Rücksicht auf die Tätigkeit einer Partei*, kann die Norm nicht angewendet werden.

Grundlage des Verfahrens sind im wesentlichen die behördlichen Feststellungen, die dem angefochtenen Entscheid vorausgegangen sind, soweit nicht die untersuchungsmäßige Ueberprüfung des Sachverhaltes durch den

---

[48]) *Kirchhofer:* S. 38.
[49]) *Kirchhofer:* S. 39.
[50]) Vgl. *Rosenberg:* Beweislast, S. 49, und Lehrbuch des Zivilprozesses, S. 248 ff. *Lemayer:* in Grünhuts Ztschr. f. pr. u. öff. Recht, Bd. 22, S. 353 ff.
[51]) *Rosenberg:* Beweislast, S. 37.

Verwaltungsrichter diese Grundlage verschiebt. Im Beschwerdeverfahren ist somit die prozessuale Stellung der beklagten Behörde sowohl in bezug auf Sach- wie Verfahrensanträge weniger parteimäßig akzentuiert als die eines Beklagten im Zivilprozeß. Die Beschwerde hat in dieser Richtung mehr den Charakter eines Einspruchs.

Wie ist es aber mit der Bindung der beschwerdebeklagten Behörde durch das *Verwaltungsgerichtsurteil*[52]) ?

Das Gesetz läßt keinen Zweifel, daß dieses Urteil materielle Rechtskraft genießt (Art. 13 VDG. u. Art. 107 EOG., Art. 195 OG. u. Art. 38 EOG.). Das ist positivrechtlich festgelegt. Nun wird in der Regel aber nur darüber geurteilt, ob der angefochtene Verwaltungsentscheid rechtswidrig sei oder nicht. Ist er es nicht, so wird die Beschwerde abgewiesen, sonst wird die Verfügung aufgehoben. In beiden Fällen erfolgt also keine materielle Entscheidung in der Sache selbst[53]). Das Verwaltungsgericht *verfügt nicht*, es sei denn, daß es gleichzeitig mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheides selbst eine neue materielle Entscheidung in der Sache fällt (Art. 16^2 VDG. und Art. 109 EOG.), also selbst eine neue Verfügung trifft.

So ist z. B. bei Aufhebung eines Verwaltungsentscheides über den Entzug einer gewerbepolizeilichen Bewilligung nicht etwa das Wiederaufleben der Bewilligung rechtskräftig festgestellt. Die gewerbepolizeiliche Bewilligung wird als Folge des Urteils wohl wieder wirksam, sie erwächst aber nicht in Rechtskraft. Man kann daher der Meinung nicht beistimmen, daß ein solches Urteil gleich sei einem Verwaltungsakt in Urteilsform. Das stimmt schon darum nicht, weil das Verwaltungsgericht kraft positivrechtlicher Vorschrift des VDG. wohl Verfügungen über den *Entzug* von Konzessionen und Bewilligungen beurteilen kann (Anhang III VDG. und Art. 99^3 EOG.), nicht aber über die *Erteilung* solcher. Es muß vielmehr angenommen werden, daß die Verwaltung ihre Verfügungsfreiheit behält. Macht sie diese nicht geltend, so besteht das ursprüngliche Verhältnis allerdings fort, aber nur weil und so lange die Verwaltung nichts anderes bestimmt.

Sie wird dies in der Regel nicht tun, weil eine neue Verfügung wieder vor Verwaltungsgericht beschwerdefähig wäre. Daß sie dies aber tun kann, zeigt folgender praktischer Fall[54]):

Der Handelsregisterführer in Lausanne weigerte sich, die Firma der Beklagten Wakulsky einzutragen, und zwar wegen Aehnlichkeit mit der klägerischen. Ein Rekurs an das Kantonsgericht wegen dieser Verfügung wurde gutgeheißen, da ein Eintrag nur verweigert werden dürfe, wenn die Firmen identisch sind; auch habe der Registerführer die Angaben über den Sitz der Firma nicht zu prüfen. Die verwaltungsgerichtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid wurde abgewiesen, wobei sich das Bundesgericht der Ansicht angeschlossen hat, es sei nicht Sache des Registerführers, die Angaben über den Sitz zu prüfen. Entgegen dem Verwaltungsgerichtsentscheid verweigerte der Handelsregisterführer neuerdings den Eintrag, da

---

[52]) Die Frage ist in der Literatur des deutschen VR. streitig, vgl. *Jellinek:* S. 299, *Fleiner:* S. 274.

[53]) So auch *Burckhardt:* Z. f. g. St., S. 240. *Kirchhofer:* S. 68.

[54]) *BGE.:* 55 I 189 ff.

die Angaben über den Sitz unrichtig seien und die Einträge ins Handelsregister der Wahrheit entsprechen müssen. Der neuerliche Rekurs an das Kantonsgericht gegen diesen Entscheid wurde abgewiesen. Eine neuerliche verwaltungsgerichtliche Beschwerde wurde gleichfalls abschlägig beschieden. Das Verwaltungsgericht beharrte somit nicht auf seinem ersten Entscheid.

Wenn dieses Beispiel auch einen aufhebenden Verwaltungsgerichtsentscheid betrifft, durch welchen nicht eine frühere Verfügung der Verwaltung wiederhergestellt wurde, so zeigt es doch die Einstellung des Verwaltungsgerichtes zur Entscheidungsfreiheit der Verwaltung.

Bindende Wirkung für die Verwaltung hat demnach nur ein verwaltungsgerichtliches Urteil, das einen neuen Entscheid in der Sache selbst fällt. Wir glauben aber, daß auch in diesem Falle die bindende Kraft nicht wie im Zivilrecht darauf beruht, daß judicium jus facit inter partes. Das Urteil schafft hier nicht Recht *unter* den Streitparteien, sondern gibt einer Streitpartei, dem Privaten, sein Recht. Es ist ein Rechtsschutzurteil und geht materiell nicht auf Kosten der Verwaltung, wobei wir nicht von Prozeßkosten sprechen. Das Urteil steht denn auch einem neuen Entscheid der Verwaltung auf einer neuen tatsächlichen Basis nicht entgegen[55]). Es hat keine unbedingte Rechtskraft wie ein Zivilurteil, sondern nur eine *relative*, auf die angenommenen tatsächlichen Verhältnisse bezogene. Es ergeht sozusagen unter der clausula rebus sic stantibus (Fleinerscher Ausdruck), weil es vom *Tatbestand des Urteils* abhängig ist.

Das ist zumindest dort der Fall, wo das Urteil Rechtsverhältnisse dauernder Art feststellt oder begründet[56]). Wo es eine einmalige Leistung betrifft, z. B. Festsetzung einer Steuer in bestimmter Höhe, kann die Rechtssicherheit verlangen, daß der Spruch unabhängig vom Tatbestand des Urteils sei. Aber auch in solchen Fällen finden wir oft sogar ein gesetzlich vorbehaltenes Zurückkommen der Verwaltungsbehörde auf ihren Entscheid entgegen einem verwaltungsgerichtlichen Urteil, z. B. im Bundesbeschluß betr. die außerordentliche Kriegssteuer vom 28. Sept. 1920 (Art. 133), der ein verwaltungsgerichtliches Urteil in einer Kriegssteuersache nicht als Hindernis für ein Nachsteuerverfahren ansieht.

Wir ersehen als Resultat dieser Betrachtungen, daß in den Fällen, wo nur der Private das verwaltungsgerichtliche Verfahren eröffnen kann, nämlich gegen eidgenössische Behörden, dieses eigentlich ein *Einspruchsverfahren* ist, in dem die Verwaltung keine selbständigen Begehren stellen kann.

Weder ihre Stellung im Beweisverfahren noch die Art der Bindung durch das Urteil gibt der Verwaltung die Stellung einer Partei in einem materiellen Streitverhältnis, einer Partei im prozessualen Sinne. Dazu fehlen auch die Voraussetzungen.

U. E. ist es nicht so, wie in der verwaltungsrechtlichen Literatur oft angenommen wird, daß die Verwaltung ein Gemeininteresse vertritt, der ihr gegenüberstehende Private dagegen ein Sonderinteresse. Die Verwaltungs-

---

[55]) *Kirchhofer:* S. 71. *Fleiner:* S. 272/273.
[56]) *BGE.:* 56 I 478 ff.

behörden haben u. E. überhaupt keine Interessen, sondern nur *Aufgaben*. Diese letztern lassen sich zusammenfassen in der Aufgabe gesetzmäßiger Verwaltung. Hingegen hat der Private *Interessen* verschiedenster Art.

Ein bestimmter Kreis dieser Interessen ist rechtlich geschützt (Rechtsgüter), sei es gegenüber widerstreitenden Interessen anderer Privater (Privatrechte), sei es gegenüber der öffentlichen Gewalt (subjektive öffentliche Rechte). Zwischen der Aufgabe einer gesetzmäßigen Verwaltung, die den Behörden obliegt, und den rechtlich geschützten Interessen Privater können sich nun Kollisionen ergeben. Bei solchen Kollisionen werden die Verwaltungsorgane geneigt sein, ihre Aufgabe einer gesetzmäßigen Verwaltung als über Privatparteiinteressen stehend einzuschätzen, was leicht zu Einbrüchen in diese Interessen führen kann.

Im Verwaltungsgericht ist nun eine Instanz geschaffen, welche diese Kollisionen unbefangen von verwaltungsrechtlichen Einstellungen mit richterlicher Mentalität betrachten und entscheiden soll. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgericht haben somit nicht die gleiche Aufgabe, objektives Recht zu verwirklichen, sondern im Rahmen des objektiven Rechts haben die Verwaltungsorgane eine Verwaltungsaufgabe, die Verwaltungsgerichtsorgane eine richterliche Aufgabe zu vollziehen. Es ist dies aber nicht die gleiche richterliche Aufgabe, wie sie der Zivilrichter hat. Dieser entscheidet nämlich zwischen einem Widerstreit von Parteiinteressen, während im gerichtlichen Verwaltungsbeschwerdeverfahren, soweit Verwaltungsbehörde und Privater einander gegenüberstehen, auf der einen Seite ein Verwaltungsakt, d. h. ein behördlicher Entscheid oder eine Verfügung vorliegt, auf der andern Seite ein mit diesen kollidierendes subjektives Recht einer Privatpartei. Wie im Rechtsmittelverfahren vor den Zivilgerichten sitzt daher nicht die Behörde auf der Anklagebank, denn es handelt sich ja nicht um ihr „Interesse", sondern ihr Entscheid soll überprüft werden.

Da er aber nicht von einer Verwaltungs-, sondern von einer richterlichen Instanz überprüft werden soll, wird eine Art *akkusatorisches Verfahren* eingeschlagen, im Gegensatz zum mehr inquisitorischen Verwaltungsverfahren. Das akkusatorische Prinzip verlangt nun aber ein Zweiparteienverfahren, und darum wird die Behörde, deren Entscheid überprüft werden soll, formell so behandelt, als ob sie Partei wäre. Dies darf aber nicht soweit gehen, sie wirklich und materiell auf das Niveau herabzudrücken, wie es einer Partei zukommt. Sie ist und bleibt Behörde. Nur soweit die akkusatorische Form es unbedingt erfordert, wird sie mit dem notwendigen Minimum von Parteifunktionen bekleidet. Die Ausführungen des III. und IV. Kapitels hernach dürften diese eigenartige Stellung der Verwaltungsbehörden im verwaltungsgerichtlichen Verfahren noch im einzelnen näher kennzeichnen.

2. Bei Widerstreit gleichartiger Interessen

In der Regel handelt es sich bei der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde, wie dargelegt wurde, um eine Auseinandersetzung nicht zwischen gleich-

geordneten Interessen (Sonderinteressen), sondern zwischen einem Sonderinteresse des einzelnen und einer verwaltungsbehördlichen Entscheidung oder Verfügung. Es stehen sich dabei gegenüber, wie wir im 1. Absatz dieses Kapitels gesehen haben, der einzelne, der den Entscheid anficht mit der Motivierung, daß seine Rechte verletzt seien, und die Behörde, die den angefochtenen Entscheid erlassen hat und diesen nun im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren verteidigt.

Während in diesen Fällen der Beschwerdeführer Partei ist, gibt es auch Fälle, in welchen der angefochtene Entscheid die Rechte und Interessen verschiedener Personen in entgegengesetzter Weise berührt. Die Beschwerde des einen Interessenten richtet sich hier gegen den andern, welche Partei auf der Beklagtenseite ist. In diesen Fällen haben wir ein *wirkliches*, nicht nur formales, *Zweiparteienverfahren*, entsprechend dem Widerstreit gleichartiger Interessen, wie er den Zivilprozeß charakterisiert.

Solche Fälle können in den verschiedensten Verwaltungsmaterien vorkommen. Wir wählen zunächst einige Beispiele aus dem *Registerrecht*. Die Löschung einer Firma im Handelsregister kann rückgängig gemacht und das Liquidationsverfahren wieder aufgenommen werden, wenn sich nachträglich Aktiven und Passiven herausstellen[57]).

Angenommen, ein Gläubiger verlangt beim Handelsregisteramt die Rückgängigmachung der Löschung, und dieses oder die Aufsichtsbehörde bewilligt sie, dann kann der frühere Inhaber der Firma gegen diesen Entscheid verwaltungsgerichtliche Beschwerde erheben (Anhang I VDG. und Art. 99 I EOG.), die sich materiell gegen den antragstellenden Gläubiger, zugleich auch formal gegen die Behörde richtet, die den angefochtenen Entscheid gefällt hat[58]).

Der Fall kann auch so liegen, daß ein Konkurrent die Eintragung eines andern in das Handelsregister verlangt, der sich bisher dort noch nicht hat eintragen lassen. In einem vom Verwaltungsgericht behandelten Fall ist sogar ein Verband, der Verband schweizerischer Postwertzeichenhändler, beim Handelsregisteramt um Eintragung eines Markenhändlers eingekommen, der sich bisher nicht eintragen ließ. Da der Antrag von der kantonalen Aufsichtsbehörde abgewiesen wurde, reichte der Verband eine verwaltungsgerichtliche Beschwerde gegen den nicht eingetragenen Händler und zugleich gegen die kantonale Aufsichtsbehörde ein, die den Entscheid gefällt hatte.[59])

Hier liegt allerdings nicht das gleiche Interesse des Beschwerdeführers vor, wie im ersten Beispiel. Die Eingabe an das Handelsregister um Eintragung eines andern hat lediglich den Charakter einer Anzeige, ähnlich etwa wie im Strafrecht ein Privater, der Kenntnis von einer Straftat erlangt, dieselbe zur Anzeige bringt. Es liegt kein Eingriff in sein individuelles Recht durch den abschlägigen Entscheid der Verwaltungsbehörde vor, und von einer Verletzung dieses Rechts kann nicht gesprochen werden[60]).

---

[57]) *Fick:* Bem. 8 OR. 667, ausdrücklich § 302 HGB. *Staub:* Anm. 16 ff. zu § 302 HGB.
[58]) *BGE.:* 57 I 39.
[59]) *BGE.:* 58 I 204.
[60]) *Fleiner:* Inst., S. 223.

Wir werden auf Fälle dieser Art im nächsten Kapitel zurückkommen, dessen Darlegungen hier nicht vorgegriffen werden soll.

Noch ein letztes Beispiel aus dem Registerrecht:

Eine Rolladenindustrie (Firma Senn) fordert durch den Handelsregisterführer von einer Konkurrenzfirma (Kästli) die Streichung des Wortes Rolladenindustrie aus ihrer Firmabezeichnung (Kästli Rolladenindustrie AG.). Diese widersetzt sich dem Begehren, das von den kantonalen Instanzen (Handelsregisteramt und Regierungsrat) abgewiesen wird. Dagegen erhebt nun die sich als geschädigt ansehende Firma Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die sich gegen die Konkurrenzfirma und den Regierungsrat richtet[61]).

Parteistreitigkeiten können sich ebenso aus der *Stiftungsaufsicht* ergeben (Anhang IV VDG. und Art. 99 IV EOG.), indem Entscheide des Eidgenössischen Departements des Innern und der kantonalen Aufsichtsbehörden über die Zugehörigkeit der Stiftungen zum Gemeinwesen und über die Umwandlung von Stiftungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterstellt werden.

Vor allem kann die örtliche Zuständigkeit zur Aufsicht über eine Stiftung unter mehreren Gemeinwesen streitig werden, sei es unter verschiedenen Gemeinden, zwischen einer Gemeinde und einem Kanton, zwischen Kantonen untereinander oder einem Kanton und dem Bund. Im letztern Falle würde das Eidgenössische Departement des Innern entscheiden, und gegen dessen Entscheid wäre nicht der Bundesrat, sondern das Bundesgericht als Verwaltungsgericht anzurufen (Art. 23 a VDG. und Art. 126 EOG.).

Diese Streitigkeiten haben aber den Charakter von *Kompetenzkonflikten*, die keine eigentlichen Zweiparteistreitigkeiten sind, sondern eine Kategorie für sich, da ja nur über eine Vorfrage, nicht meritorisch entschieden wird[62]). Es handelt sich ja auch nicht um die Verletzung eines individuellen Rechts des Gemeinwesens, sondern um die Einhaltung einer Zuständigkeitsordnung, wie sie Art. 84 ZGB. vorschreibt.

Hingegen führt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Destinatärs einer Stiftung gegen die behördliche Abänderung des Stiftungszweckes zu einem bloß formalen Zweiparteiverfahren, da hier keine gleichgeordneten Interessen einander gegenüberstehen. Darum ist auch eine privatrechtliche Klage des Destinatärs gegen die Stiftung selbst in einem solchen Fall ausgeschlossen[63]).

Aehnliche Fälle des Widerstreites gleichartiger Interessen können bei Streitigkeiten über die Bildung wasserrechtlicher Genossenschaften (Anhang V VDG. und Art. 99 V EOG.) vorkommen, bei Unterstellung unter das Fabrikgesetz oder unter die Sozialversicherung (Anhang X, XI VDG. und Art. 99 IX, X EOG.) u. a. m. Die weitern Darlegungen (III. und IV. Kapitel) dürften jedoch ergeben, daß auch dieser Widerstreit subjektiver Interessen in vielen Fällen nur ein scheinbarer ist.

---

[61]) *BGE.:* 60 I 31.
[62]) *Hellwig:* Lehrb. d. deutschen Zivilprozeßr. I, S. 42, 91.
[63]) *BGE.:* 43 II 133, 51 II 471.

3. Parteien und Streitthema

Schon aus den bisherigen Darlegungen zur Charakteristik des Verfahrens über die Verwaltungsgerichtsbeschwerde dürfte erhellen, daß wir es nicht mit einem reinen Parteiprozeß zu tun haben, in welchem der Beschwerdeführer regelmäßig als der von der Verwaltungsverfügung Betroffene einerseits und die Verwaltungsstelle, die die angefochtene Verfügung erlassen hat, anderseits bestimmte Tat- und Rechtsfragen durchfechten.

Zunächst hat sich die Parteistellung der angegriffenen Behörde im Verwaltungsprozeß in der Regel als rein formal erwiesen[64]), sodann haben sich für das *Prozeßführungsrecht* schon aus dem Bisherigen einschneidende Beschränkungen ergeben. Die Verhandlungsfreiheit hat sich weder für die Antragstellung als unbeschränkt erwiesen noch für die Beweisführung. Die beschwerdebeklagte Behörde kann lediglich auf Abweisung der Beschwerde schließen, da es keine Anschlußbeschwerde gibt. Der Beschwerdeführer hat wohl ein weitgehendes Antragsrecht, aber in Kriegssteuersachen ist das Gericht an seine Anträge (wie an die der Gegenpartei) nicht gebunden (Art. 16^1 VDG.). In Art. 109^1 EOG. ist an die Stelle des Ausdruckes Kriegssteuersachen der allgemeinere „Steuersachen" getreten. An die Begründung der Rechtsbegehren der Parteien ist das Gericht in allen Fällen nicht gebunden (Art. 16^2 VDG. und Art. 109^2 EOG.).

Selbst mit dem Erfordernis eines Rechtsbegehrens wird es überdies nicht streng genommen. Man begnügt sich in der Praxis des Verwaltungsgerichts damit, daß aus der Begründung der Beschwerde sich ergibt, worauf sie abzielt[65]).

Man könnte demnach den Eindruck gewinnen, die Parteibegehren hätten weiter keine Bedeutung und die Parteien könnten sich etwa darauf beschränken, die Anwendung des Gesetzes zu verlangen, ohne nähere Angaben der gerügten Gesetzesverletzungen und des Umfanges der angestrebten Aenderung der angefochtenen Verfügung. Das würde aber sicherlich nicht zutreffen. Auch im gerichtlichen Verwaltungsbeschwerdeverfahren sind bestimmt umschriebene und sorgfältig motivierte Parteibegehren Grundlage des Prozeßverhältnisses und Voraussetzung für die richterliche Entscheidung[66]). Sie stellen nur nicht in allen Fällen die unüberschreitbaren Grenzen des Streites dar.

Doch ist das Streitthema und somit das Substrat der richterlichen Entscheidung von Materie zu Materie verschieden geartet und läßt sich nicht unter die gleiche Schablone zwängen. Zunächst wären die Materien auszuscheiden, die sich als freiwillige Gerichtsbarkeit darstellen.

In erster Linie gehören *Registersachen* diesem Bereiche zu (Anhang I VDG. und Art. 99 I EOG.), also die Verwaltungsentscheide in Patent-, Muster-, Modell- und Markensachen, die Handelsregister-, Zivilstands-, Güterrechtsregister-, Viehverschreibungs-, Grundbuch- und Schiffsregister-

---

[64]) Die Ausnahmen werden wir in den folgenden Kapiteln kennen lernen.
[65]) Vgl. *Kirchhofer:* S. 37/38.
[66]) *Fleiner:* Inst., S. 254. *Geering:* in Vierteljahrschr. f. Abg. R. IX, S. 17.

sachen. Bei diesen Sachen handelt es sich durchwegs um die Verwirklichung der Privatrechtsordnung. Ein Teil der Entscheidungen von Streitigkeiten dieser Belange ist denn auch den Gerichten zugewiesen, wie schon aus den bisherigen Darlegungen hervorgeht und auch diejenigen, welche Verwaltungsbehörden zugewiesen sind, beschlagen nicht ausschließlich die besondere Rechtsschutzaufgabe des Verwaltungsgerichts zugunsten der Bürger gegen Eingriffe der Verwaltung. Es handelt sich materiell um Anwendung von Zivilrecht. Mit Recht sind daher vom Bundesgericht in Ausführung von Art. 16[1] und Art. 21 OG. sowie von Art. 2[2] VDG. mit Reglement vom 26. November 1928 wenigstens die im Anhang I Ziff. 1 und 2 genannten Materien (Patent-, Muster-, Modell-, Marken- und Handelsregistersachen) der ersten Zivilabteilung zugewiesen worden.

Demgemäß ist in diesen Sachen im Prinzip das Streitthema durch die Anträge der Parteien als streng begrenzt zu erachten[67]), da hier der Rechtsschutz der Partei im Vordergrund steht. Die Verwaltungsjustizbehörde hat sich hier als Rechtsschutzorgan mit der Streitsache nur so weit zu befassen, als die Beteiligten selbst eine Verletzung ihrer Rechte geltend machen. Es fällt auf, daß das genannte Reglement des Bundesgerichts nicht auch die Streitigkeiten in Güterrechtsregister-, Viehverschreibungs-, Grundbuch- und Schiffsregistersachen der Zivilabteilung übertragen hat, da die ratio legis bei diesen Sachen die gleiche ist. Lediglich die Zivilstandsregistersachen nehmen u. E. einen besondern Platz ein, da sie sich nicht auf Rechte beziehen, über welche eine Partei disponieren kann[68]).

Diesen Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit stehen am nächsten die Streitigkeiten über die *Zugehörigkeit von Stiftungen* zum Gemeinwesen und die Umwandlung von Stiftungen (Anhang IV VDG. und Art. 99 IV EOG.), da es sich bei ihnen, wie gleichfalls schon in anderem Zusammenhange hervorgehoben wurde, materiell um die Anwendung von Zivilrecht handelt.

Aber die Verwaltungsrechtspflege ist nicht nur in diesem, sondern auch in andern Materien, die die Verwaltung im engern Sinne angehen, nicht zu einer umfassenden Kontrolle der Gesetzesanwendung ausgestaltet worden. Anderseits ist sie auch nicht einseitig in den Dienst der Rechtsschutz suchenden Partei gestellt worden. Die Parteibegehren bilden nämlich einerseits die Grundlage des Prozeßrechtsverhältnisses, anderseits bewirkt die Untersuchungsmaxime, daß die Parteibegehren nicht die endgültigen Grenzen des Streites darstellen.

Vollends in Kriegssteuersachen, nach EOG. Art. 109 in Steuersachen überhaupt, ist die Verwaltungsrechtspflege sehr frei ausgestaltet. Hier fällt auch die letzte Schranke, welche das Streitthema parteimäßig einengt, die Parteibegehren. Der Richter entscheidet den Einzelfall so, als ob er eine Verwaltungsverfügung in Urteilsform treffen würde. Er kann somit etwa durch eine reformatio in pejus eine Mehrbelastung des Steuerpflichtigen vornehmen, wie sie sonst nur in einem Nachsteuerverfahren möglich wäre[69]).

---

[67]) *Kirchhofer:* S. 38.

[68]) Daher auch der besondere Charakter dieses Registers, vor allem die mangelnde Oeffentlichkeit desselben. Vgl. *Egger:* N 22 ff. zu Art. 39 ZGB.

[69]) *Geering:* S. 19.

Es ist nicht einzusehen, warum diese freie Behandlung des Streitthemas, die eigentlich das einem Verwaltungsjustizverfahren angemessene darstellt, im Gegensatz zu einem Ziviljustizverfahren, wo die Parteien grundsätzlich über den Streitgegenstand disponieren, nicht auch auf andere Verwaltungsmaterien Anwendung finden sollte. Es ist lediglich aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes zu erklären, daß die Fassung des Art. 16 VDG. erst in der Nationalratsdebatte[70]) ihre heutige Formulierung erhalten hat, indem sie in Einklang mit der Praxis der Kriegssteuerrekurskommission gebracht wurde. Durch Art. 109 EOG. ist zumindest eine Erweiterung auf alle Bundessteuersachen bewirkt worden. Es ist aber sicherlich nicht der letzte Schritt, da ein verwaltungsrechtliches Urteil ohne Rücksicht auf Parteianträge einen der wirklichen Rechtslage entsprechenden Zustand herbeizuführen hat.

---

[70]) *Sten. Bull.:* NR. 1926, S. 705.

III. DIE AKTIVLEGITIMATION

Vorbemerkungen

Die Legitimation zur Beschwerde ist, wie überall die Legitimation in einem Verfahren, *Prozeßvoraussetzung*, d. h. Bedingung, die erfüllt sein muß, damit das Gericht in die Lage kommt, ein Urteil in der Sache zu fällen. Das Fehlen dieser Voraussetzung hat die Ablehnung jeder sachlichen Entscheidung durch ein die Prozeßabweisung aussprechendes Urteil zur Folge (Zurückweisung ohne Prüfung der Gegründetheit)[71]). Darum muß diese Voraussetzung feststehen, bevor auf die Sache eingetreten wird.

Unter dem Marginale „Legitimation" besagt Art. 9 VDG. im Abs. 1 (so auch Art. 103[1] EOG.), daß zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt sei, wer in dem angefochtenen Entscheid als Partei beteiligt war oder durch ihn in seinen Rechten verletzt worden ist. Diese Bestimmung ist nicht sehr glücklich gefaßt. Der mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochtene Entscheid ist nämlich in einem Verwaltungsverfahren ergangen, in dem sich keine Parteien gegenüberstehen, weil es kein Verwaltungsstreitverfahren ist. In diesem Verfahren gibt es nur obrigkeitliche Willenserklärungen einer Behörde gegenüber ihr unterstellten Rechtssubjekten („Untertanen", wie der etwas anrüchige Ausdruck in der deutschen Verwaltungsliteratur lautet)[72]).

Somit entsteht die Parteistellung erst mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde selbst, und es ist daher erst zu ergründen, was Art. 9[1] VGD. mit der Beteiligung als Partei im angefochtenen Entscheid meint.

Auch in einer andern Richtung ist der genannte Wortlaut des Art. 9[1] VDG. nicht klar. Die Person, an die sich der angefochtene Entscheid richtet, kann nicht schon darum allein in allen Fällen als zur Beschwerde legitimiert erscheinen. Wie nun, wenn die Verwaltungsbehörde über ein von einer sachlich gar nicht legitimierten Person gestelltes Begehren materiell entschieden hat, ohne die Legitimationsfrage zu prüfen?[73])

Anderseits gibt Art. 9[1] VDG. die Legitimation zur Beschwerde Personen, die durch den angefochtenen Entscheid in ihren Rechten verletzt sind, auch wenn sie formell am vorausgegangenen Verfahren und Entscheid nicht beteiligt waren. Wir haben also hier den umgekehrten Fall zum vorhergehenden: materielle ohne formelle Legitimation.

Schließlich scheint die Formulierung mit „wer" sehr umfassend, so daß

---

[71]) *Hellwig:* Deutsches Zivilprozeßrecht II, S. 15. *Matti:* Zivilprozeßrecht, S. 1062.
[72]) *Mayer:* DVR. I, S. 95 ff. *Fleiner:* Inst., S. 157 ff.
[73]) Vgl. S. 63 hernach.

die Frage entsteht, ob auch Behörden zur Beschwerde aktiv legitimiert seien, und in welchen Fällen.

Bevor wir daher auf die Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation zur Beschwerde eintreten, seien zuerst einige Vorbemerkungen allgemeiner Natur vorausgeschickt.

Die Legitimation hat zwei Seiten: diejenige zum Verfahren (ad processum) und die zur Sache (ad causam). Die erstere umfaßt Partei- und Prozeßfähigkeit. Dieser *formelle*, dem Prozeßrecht angehörende Parteibegriff bedeutet die Eigenschaft einer Partei, im eigenen Namen zu klagen oder beklagt zu werden. Man ist sich darüber einig, daß sich die prozessuale Parteifähigkeit mit der zivilen Rechtsfähigkeit und die Prozeßfähigkeit mit der zivilen Handlungsfähigkeit deckt[74]). Wer weder physische noch juristische Persönlichkeit hat, kann nur kraft besonderer Gesetzesvorschrift Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit erlangen. Nach Art. 78^2 OG. (Art. 88 EOG.) haben z. B. das Recht zur staatsrechtlichen Beschwerde nur „Bürger (Private) und Korporationen", also nicht Kollektiv- und Kommanditgesellschaften, wie nach Zivilrecht (OR. 562, 602)[75]), oder die Konkursmasse (Art. 240 SchKG.), oder die Liquidationsmasse bei Vermögensabtretung und bei amtlicher Erbschaftsliquidation[76]).

Aber Art. 178 OG. (Art. 88 EOG.) gilt nicht für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde (im Gegensatz zu Art. 183—188, 194, 195 und 221 OG., die nach Art. 13 VDG. anwendbar sind)[77]). Die Formulierung mit „wer" in Art. 9^1 VDG. läßt daher auch für die genannten Rechtsgebilde, die keine juristische Persönlichkeit haben, Raum. Die Parteifähigkeit von Behörden bestimmt sich positivrechtlich nach dem öffentlichen Recht des Bundes und der Kantone[78]).

In der Formulierung „wer" kann allerdings eine solche positivrechtliche Bestimmung nicht erblickt werden, da dies den Begriff „Behörde" nicht umfaßt. Auch die positivrechtliche Zuteilung der Aktivlegitimation an den Bundesrat im Abs. 2 des Art. 9 VDG. (Art. 103^2 EOG.) zeigt, daß Behörden nicht ohne weiteres von der Bezeichnung „wer" umfaßt sind. Die Frage ist somit unter B. hernach besonders zu lösen.

Was die *Legitimation zur Sache* betrifft, so kann man sie als *materiellrechtliche Klagevoraussetzung* bezeichnen, da sie sich auf den Prozeßgegenstand bezieht, d. h. auf die Existenz, den Inhalt und die Wirksamkeit des eingeklagten Rechtsverhältnisses[79]). Art. 9^1 VDG. (Art. 103^1 EOG.) erteilt die Aktivlegitimation zur Sache jedem, der durch den angefochtenen Entscheid in seinen Rechten verletzt worden ist. Das VDG. stellt sich damit, wie die meisten Verwaltungsjustizgesetze, auf den Boden des *Rechtsschutzes*, im Gegensatz zum bloßen Interessenschutz[80]).

---

[74]) *Hellwig:* I, S. 292 ff. *Matti:* S. 1061. *BGE.:* 42 II 555.

[75]) Selbst nach Löschung des Registereintrages bis zur vollständigen Liquidation.

[76]) *BGE.:* 41 III 173, 47 III 11.

[77]) Entsprechend Art. 107 EOG.

[78]) *BGE.:* 33 II 378, 41 II 600, 41 III 171, 43 II 361.

[79]) Im Anschluß an *Hellwig:* II, S. 17, vgl. auch *Matti:* S. 1062: „Es müssen... die richtigen Subjekte des Streitverhältnisses im Prozeß auftreten."

[80]) *Exp. Prot.:* S. 151. *Kirchhofer:* S. 33/34. *Fleiner:* Inst. N. 1, S. 146.

Bei diesem Rechtsschutz handelt es sich um den Schutz *öffentlicher Rechte* des Bürgers gegenüber der Verwaltung. Es ist für den Rechtsstaat bezeichnend, daß auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts vollwertige Träger öffentlicher Rechte und Pflichten sind, und daß sie zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechts in öffentlichrechtlichen Verhältnissen stehen[81]). Nicht jeder Anspruch des Bürgers gegenüber den Behörden ist aber als subjektives Recht des erstern zu kennzeichnen. Der Gesetzgeber kann nämlich den Staatsangehörigen gewisse staatliche Leistungen zukommen lassen, deren Verwirklichung ausschließlich in die Hand der Behörden gelegt ist. Der Bürger hat dann nur einen allgemeinen Gesetzvollziehungsanspruch. Adressat der Gesetzesvorschrift ist in diesen Fällen die Behörde, und dem Staatsangehörigen kommt der materielle Erfolg der einzelnen Rechtsvorschrift nur als eine Reflexwirkung der Gesetzesvollziehung zu. Man spricht daher in solchen Fällen von *Reflexrechten*[82]).

Den Gegensatz dazu bilden konkrete, genau abgegrenzte Ansprüche auf einzelne, durch Gesetze dem Bürger zugedachte Leistungen in dem Sinne, daß der Adressat dieser Leistungen bei ihrer Geltendmachung der Behörde wie ein Gläubiger einem Schuldner gegenübertritt. Dafür hat die Wissenschaft den Ausdruck „subjektive öffentliche Rechte" (analog den subjektiven Privatrechten) geprägt.

Die Unterscheidung zwischen subjektiven Rechten und Reflexwirkungen objektiven Rechts nennt Fleiner [83]) mit einem gewissen ironischen Unterton, rechtsstaatliche Erfindungen. Wir möchten sie eher eine Errungenschaft nennen. Durch die bloße Aufstellung von Normen objektiven Rechts kann zwar auch die Rechtsgleichheit der Bürger angestrebt werden. Aber es ist doch etwas anderes, wenn jedem einzelnen das Instrument zur direkten, individuellen Verteidigung seines Rechts gegenüber der Behörde in die Hand gegeben und die Behörde ihm gegenüber bei dieser Rechtsverteidigung in die Parteistellung abgedrängt wird. Darin liegt die nicht zu unterschätzende Bedeutung dieser eigenartigen Verbindung von Person und Anspruch, die ein subjektives öffentliches Recht entstehen läßt, das prozessual so durchgesetzt werden kann wie ein Privatrecht gegenüber einem Prozeßgegner vor den Schranken des Gerichts.

Die Achillesferse dieser großen Errungenschaft des modernen Rechtsstaates liegt aber darin, daß sich subjektives Recht und Reflex objektiven Rechts durch kein äußeres Merkmal unterscheiden lassen[84]). Zunächst sind beide Formen nicht exklusiv. Dieselbe Forderung kann in dem einen Staate als subjektives öffentliches Recht, in dem andern nur als Reflex objektiven Rechts ausgestaltet sein. Aber auch in einem einzelnen Staat lassen sich beide Formen nicht ohne weiteres voneinander auseinanderhalten, weil kein absolutes Kriterium zu finden ist. Die Entscheidung über den Charak-

---

[81]) *Ruck:* VR., S. 139. *Fleiner:* Inst., S. 138 ff.

[82]) *Jehring:* Jahrb. f. Dogmatik, X, S. 225. *Jellinek:* Syst. d. subj. öff. Rechte, S. 67. *Fleiner:* Inst. § 11.

[83]) *Fleiner:* Inst., S. 147.

[84]) *Fleiner:* Inst., S. 174 ff. *Mayer:* DVR. I § 9. *Kirchhofer:* S. 34.

ter der einzelnen Gesetzesvorschrift hängt zunächst nicht davon ab, ob die Behörde den gesetzlichen Anspruch von sich aus zu befriedigen hat, oder ob sie einen Antrag des Berechtigten abzuwarten hat. Auch der größere Rechtsschutz — hier Beschwerde, dort Klage — ist nicht entscheidend[85]). So stehen gegen den schuldigen Beamten beispielsweise Beschwerde und Klage zu Gebote, ob es sich um Verletzung eines subjektiven oder bloß objektiven Rechts handelt.

So fehlt denn eine allgemeine Formel für diese Unterscheidung, und damit ist auch die Frage der Sachlegitimation nur für die einzelnen Rechtsverhältnisse nach ihrer Sondergestaltung zu lösen, d. h. es ist im Zweifel durch Auslegung der Rechtsvorschriften festzustellen, ob deren Sinn und Zweck entsprechend ein subjektives Recht besteht, oder ob wir es nur mit einem Reflex objektiven Rechts zu tun haben[86]).

A) Private Beschwerdeführer

1. Die beteiligte Partei

Es wurde bereits in den Vorbemerkungen die Bestimmung des Art. 9[1] VDG. (Art. 103[1] EOG.) kritisiert, soweit sie zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt, „wer in dem angefochtenen Entscheid als Partei beteiligt war". Parteien gibt es nämlich erst im Verwaltungsjustizverfahren, nicht schon im Verfahren vor Verwaltungsbehörden. Was ist nun mit dieser Ausdrucksweise des Gesetzes gemeint?

Die Materialien geben in dieser Richtung keine bestimmte Auskunft. Der Entwurf vom 5. März 1923 bezeichnet, dem Vorschlage des Bundesgerichtes folgend, den „Beteiligten" als zur Beschwerdeführung berechtigt und wollte es daher der Praxis überlassen, im einzelnen Falle die angemessene Lösung zu finden. Die heutige Fassung wurde aus dem Entwurf vom 27. März 1925 unverändert übernommen[87]).

Kirchhofer[88]) meint, mit der Beteiligung als Partei im Entscheid könne nicht eine eigentliche Parteistellung gemeint sein, „sondern nur, daß der Entscheid eine bestimmte Person angeht, indem er ein von ihr gestelltes Begehren abweist, ihr eine Auflage macht, eine Berechtigung entzieht, etwas verbietet usw.". Legitimiert sei zur Beschwerde, „wer in solcher Weise durch den Entscheid unmittelbar betroffen ist. Auch bei dieser Art der Legitimation beruht daher die Beschwerde auf dem Gedanken des Schutzes subjektiver Rechte im Gegensatz zum bloßen Interessenschutz".

Im Gegensatz dazu meint *Ruck*[89]), der durch den Verwaltungsakt unmittelbar Betroffene müsse nicht in einem subjektiven Rechte verletzt sein, es genüge vielmehr als Beschwerdegrundlage, daß ihm gegenüber

---

[85]) *Laband:* Arch. f. öff. Recht. XIX, S. 609.
[86]) *Kirchhofer:* S. 34. *Ruck:* VR. I, S. 140.
[87]) *Botsch. 1925:* S. 46.
[88]) *Kirchhofer:* S. 33.
[89]) *Ruck:* VR. I, S. 107.

eine *Interessenverletzung* vorliege. Dabei sei nur darauf zu achten, daß es sich um rechtlich anerkannte Interessen handeln müsse, daß also hinter der Interessenverletzung eine Verletzung objektiven Rechts, ein Verstoß gegen die Rechtsordnung, stehen muß.

Es stehen sich hier zwei entgegengesetzte Auffassungen — wenn auch nicht gerade diametral — gegenüber, was bei einer so wenig glücklichen Formulierung nicht verwunderlich ist.

Gegen die Rucksche Auffassung könnte man einwenden, daß es zu weit gehen würde, wenn man neben dem Verwaltungsrechtsschutz für die Verletzung subjektiver Rechte auch die bloße Interessenverletzung schützen wollte, seien es auch rechtlich anerkannte Interessen. Das Verwaltungsgericht stellte sich wenigstens von Anbeginn auf den Standpunkt, daß rein wirtschaftliche Interessen noch keine Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde geben, nicht einmal rechtliche, aber auf dem Zivilwege zu verfolgende Interessen, sondern lediglich subjektive öffentliche Rechte[90]).

Gegen die Auffassung von Kirchhofer spricht, daß auch das Beschwerderecht des unmittelbar durch den Entscheid Betroffenen auf dem Gedanken des Schutzes subjektiver Rechte beruhe. Wäre das der Fall, so hätte es nicht einer doppelten Hervorhebung gebraucht, d. h. neben dem in seinen Rechten Verletzten auch noch den als Partei in dem angefochtenen Entscheid Beteiligten. Beides wollte wohl nicht dasselbe sagen, da diese Formulierung ausdrücklich im Gegensatz zum Entwurf vom 5. März 1923 gewählt wurde.

Bevor wir auf die Entscheidung der Frage eintreten, wollen wir zunächst einen Blick auf die Einstellung des Verwaltungsgerichtes in dieser Frage werfen, soweit Entscheidungen vorliegen. In einem Urteil von 1932[91]) erklärt das Verwaltungsgericht, Art. 9 VDG. berechtige zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde, wer in dem angefochtenen Entscheid als Partei beteiligt war, worunter nicht die eigentliche formelle Parteistellung zu verstehen sei. Es komme vielmehr darauf an, ob der angefochtene Entscheid eine bestimmte Person angeht, ob jemand durch den Entscheid unmittelbar betroffen sei. Der Beschwerdeführer sei nun im vorliegenden Falle insofern betroffen, als seine an die kantonale Verwaltungsbehörde gerichteten Begehren abgewiesen worden sind. Allein es frage sich gerade, ob der Beschwerdeführer zur Stellung dieser Anträge *sachlich* legitimiert gewesen sei, denn Beschwerdelegitimation und Sachlegitimation fallen auseinander, wenn die Verwaltungsbehörde ein von einer sachlich nicht legitimierten Person gestelltes Begehren materiell abweist, ohne die Legitimation zu prüfen.

In einem weitern Urteil v. 1934[92]) wird ausgeführt, die Beschwerdeführerin sei im angefochtenen Entscheid als Partei aufgeführt. Mit Rücksicht auf Art. 9 VDG. stehe ihr daher wenigstens *in formeller Hinsicht* die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu. Es fehle ihr aber

---

[90]) *BGE.:* 60 I 31 (Senn-Kästli).
[91]) *BGE.:* 58 I 204.
[92]) *BGE.:* 60 I 32.

trotzdem die Sachlegitimation, weswegen die Beschwerde ohne nähere Prüfung abzuweisen sei. Würde die Sachlegitimation vorhanden sein, so stände ihr Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde sogar dann zu, wenn sie an dem angefochtenen Entscheid nicht einmal als Partei beteiligt wäre.

In einem Urteil des gleichen Jahres[93]) wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde eines Notars ohne Prüfung ihrer Gegründetheit ab, die gegen einen abweisenden Entscheid des Grundbuchamtes, bestätigt durch die kantonale Aufsichtsbehörde, gerichtet war. Der Notar hatte die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sowohl im eigenen Namen als Verurkunder des Kaufvertrages, dessen Eintragung verweigert wurde, erhoben, wie auch im Namen der Vertragsparteien. Soweit der Notar im eigenen Namen Beschwerde führte, wurde seine Beschwerde wegen mangelnder Legitimation abgewiesen. Aus den Vorschriften des kantonalen Einführungsgesetzes zum ZGB., daß der Notar zur Anmeldung der von ihm verurkundeten Verträge verpflichtet ist, lasse sich seine Legitimation zur Beschwerde gegen eine abweisende Verfügung des Grundbuchamtes nicht ableiten, soweit die Abweisung nicht wegen Bemängelung seiner gesetzlichen Handlungsbefugnis erfolgt war. Der Umstand, daß die kantonalen Instanzen mit Unrecht auf seine Beschwerde eingetreten sind, gebe ihm nur eine *formelle Legitimation* zur Anrufung des Bundesgerichtes. Wegen fehlender Legitimation zur Sache sei aber seine Beschwerde abzuweisen.

Die Stellungnahme des Verwaltungsgerichtes ist hier klar ausgesprochen. Der Umstand, daß der Beschwerdeführer am angefochtenen Verwaltungsentscheid „als Partei beteiligt war", gibt ihm nur die formelle Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde, die ihm aber nichts nützt, wenn nicht unabhängig davon auch die sachliche Legitimation bei ihm vorhanden ist. Ist aber letztere vorhanden, so bedarf es der formellen Legitimation nicht, und die Beschwerde ist meritorisch zu erledigen, selbst wenn der Beschwerdeführer am angefochtenen Entscheid gar nicht „als Partei beteiligt war".

Diese Einstellung ist eindeutig und systemgerecht, wenn man eben nur einzig und allein auf die Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts als Beschwerdegrund abstellen will. Aber eine andere Frage ist es, ob dies die Meinung des Gesetzes sei. Dies scheint recht zweifelhaft, denn der alternative Legitimationsgrund des Art. 9[1] VDG. verlöre dadurch seinen Sinn. Die Legitimation desjenigen, der „in dem angefochtenen Entscheide als Partei beteiligt war", erweist sich nämlich als überflüssig, wenn immer auch zugleich der zweite Grund mitspielen müßte, wonach der Beschwerdeführer durch den gleichen Entscheid auch noch in seinen Rechten verletzt ist. Es wäre also zur Legitimationsbegründung gar nicht notwendig, daß der Beschwerdeführer „in dem angefochtenen Entscheid als Partei beteiligt" sei, wenn er nur durch denselben eine Rechtsverletzung erlitten hat. Die Legitimierung durch Beteiligung am angefochtenen Entscheid als Partei verliert somit jede Bedeutung, und der Gesetzgeber hätte dann einen

[93]) *BGE.:* 60 I 139.

Legitimationsgrund dekretiert, der zu streichen wäre, weil er seinen Zweck verfehlt.

Das Verwaltungsgericht vermeidet offenbar, das auszusprechen, und umschreibt es, indem es erklärt, es handle sich hier bloß um einen formellen Legitimationsgrund, der aber unbehelflich ist, wenn nicht zugleich der sachliche mitspielt, und der überflüssig ist, wenn nur der sachliche gegeben erscheint.

Das ist unbefriedigend, denn man kann nicht auf diese Art einen gesetzlichen Legitimationsgrund einfach beseitigen. Die bewußte Erweiterung des Entwurfs von 1923 im spätern Entwurf von 1925 um einen zweiten Legitimationsgrund hat vielmehr den Sinn, daß man den Rechtsschutz durch das neugeschaffene Verwaltungsgericht über bloßen Schutz subjektiver öffentlicher Rechte hinaus erweitern wollte. Wenn *Kirchhofer*[94]) mit Recht hervorhebt, es werde im Sinn der neuen Institution der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit liegen, daß die Praxis in der Anerkennung subjektiver Rechte weitherzig ist, so erlangt u. E. dieser Sinn gerade durch den ersten, bisher verkannten, Legitimationsgrund des Art. 9[1] VDG. seinen positivrechtlichen Ausdruck.

Der Private, der am angefochtenen Entscheid beteiligt war, den dieser unmittelbar angeht, soll sich schon beschweren können, wenn der Entscheid gemäß Art. 10 VDG. (Art. 104 EOG.) Bundesrecht verletzt, d. h. Normen objektiven Rechts des Bundes. In diesem Fall genügt es schon, wenn der materielle Erfolg der verletzten Rechtsvorschrift den Beschwerdeführer auch nur als Reflexwirkung trifft. Ist hingegen der Beschwerdeführer am angefochtenen Entscheid nicht unmittelbar beteiligt, so kann er ihn nur anfechten, wenn er „durch ihn in *seinen* Rechten verletzt worden ist", d. h. wenn er sich also auf ein subjektives öffentliches Recht berufen kann, das durch den Entscheid angetastet ist.

Damit ist eben die positivrechtliche Grundlage für das Verwaltungsgericht geschaffen, in der Anerkennung subjektiver Rechte weitherzig zu sein. Angesichts eines ohnehin fehlenden Kriteriums zur scharfen Abgrenzung zwischen Reflexen und subjektiven Rechten in den Fällen, wo an einem angefochtenen Entscheid der Private unmittelbar beteiligt ist, hat das Verwaltungsgericht diesen als genügend legitimiert anzusehen, auch wenn er nur eine (objektive) Verletzung von Bundesrecht, nicht *seines* Rechts, geltend macht. Es genügt also in diesem Falle zur Legitimation die (hypothetische) Behauptung einer (objektiven) Verletzung von Bundesrecht. Ob eine solche Verletzung *wirklich* vorhanden ist, gehört naturgemäß zur materiellen Prüfung der Beschwerde.

Unsere Meinung geht somit dahin, daß wir den ersten Legitimationsgrund des Art. 9[1] VDG. nicht auf den Schutz subjektiver Rechte beschränken, sondern ihn auch auf die Verletzung objektiven Rechts ausdehnen. Der durch den Verwaltungsakt unmittelbar Betroffene braucht nicht in seinem subjektiven Rechte verletzt zu sein, um die Legitimation zur Beschwerde zu haben. Eine bloße Interessenverletzung genügt nicht, weil

---

[94]) *Kirchhofer:* S. 34.

dies Art. 10[1] VDG. widersprechen würde, der ausdrücklich die Verletzung von Bundesrecht als Beschwerdegrund verlangt.

Mit unserer Formulierung beantwortet sich zugleich die Frage, wie es zu halten sei, wenn die Verwaltungsbehörde über ein von einer sachlich nicht legitimierten Person gestelltes Begehren entschieden hat, ohne die Legitimationsfrage zu prüfen oder unter irrtümlicher Annahme der Legitimation. Soweit der Private durch eine objektive Verletzung von Bundesrecht nicht unmittelbar betroffen ist, wird seine Legitimation zur Beschwerde auch dann nicht ausreichen, wenn ihn der angefochtene Entscheid irrtümlich als Partei behandelt.

Um diese Sache noch klarer werden zu lassen, fügen wir hier noch eine weitere Erläuterung eines Beispiels aus der Praxis bei. Ein instruktives Beispiel fand sich in der Praxis des Bundesrates, als er noch als Verwaltungsjustizbehörde fungierte, und zwar in einem Entscheid vom 4. Juni 1928[95]).

Der Entscheid betraf folgenden Fall[96]):

Gemäß Art. 58 des BG. über die Stempelabgaben fällt von den auf Grund dieses Gesetzes bezogenen Geldstrafen $\frac{1}{3}$ dem Anzeiger zu. Dieser Anzeiger hat nun in einem Falle Beschwerde erhoben mit dem Antrag, es sei die im Stempelgesetz vorgesehene Buße auszusprechen und von der bezogenen Geldstrafe der ihm zukommende Drittel auszubezahlen.

Der Bundesrat fand, die Beschwerde richte sich gegen die eidgenössische Steuerverwaltung, weil sie keinen Strafantrag wegen Stempelhinterziehung beim Eidgenössischen Finanzdepartement gestellt habe, weil infolgedessen das Departement kein Strafverfahren eingeleitet, keine Strafverfügung getroffen hat, so daß keine Geldbuße vom Stempelpflichtigen eingezogen werden konnte. Das alles sei nun anzuordnen und durchzuführen, um dem Beschwerdeführer den ihm zukommenden Drittel der Buße auszurichten.

In der Begründung der Beschwerde wurde geltend gemacht, die Unterlassung des Strafantrages und damit der Strafverfügung sei gesetzwidrig und willkürlich.

Der Bundesrat fand, der Anzeiger sei zur Beschwerde nicht legitimiert, da er gemäß Art. 58 des Stempelgesetzes nur einen Anspruch auf $\frac{1}{3}$ der bezogenen Geldstrafe habe, nicht aber einen solchen auf Einleitung eines Strafverfahrens, auf Erlaß einer Strafverfügung und Vollstreckung derselben. Aber auch der Anspruch auf den Anzeigedrittel enthalte kein subjektives Recht des Anzeigers auf Durchführung eines Strafverfahrens. Nur der Staat allein habe nach Stempelgesetz einen Strafanspruch gegen den Stempelhinterzieher und dieser Anspruch sei ihm im Interesse der Verwirklichung der Rechtspflege gegeben. Die Frage, ob Strafverfolgung einzutreten habe oder nicht, sei also eine Frage des öffentlichen Interesses und deshalb in der Regel der Interessenssphäre des einzelnen — auch des Anzeigers — entrückt.

Nun behauptet aber der Beschwerdeführer, die Strafverfolgung sei ledig-

---

[95]) Das VDG. ist am 1. März 1929 in Kraft getreten.

[96]) Vierteljahresschr. f. Abgabenrecht 1928, S. 332 ff.

lich oder doch hauptsächlich unterblieben, damit er um seinen Bußenanteil gebracht werde. Dieser Grund, wenn er vorliegen sollte, würde, wie der Bundesratsentscheid ausführt, den Anzeiger zur Beschwerde legitimieren, weil mit ihm gerügt wird, daß der angefochtene Entscheid nicht nach dem Gesichtspunkt des öffentlichen Wohls, sondern nach dem der direkten privaten Interessensschädigung des Anzeigers getroffen wurde.

Der Bundesrat hat daher befunden, daß lediglich in diesem Punkte allein die Legitimation des Beschwerdeführers gegeben sei, und hat die Behandlung der Beschwerde einzig und allein auf diesen Punkt beschränkt. Die Beschwerde wurde meritorisch abgewiesen, weil sie sich materiell in diesem Punkte als unbegründet erwiesen hat.

Wir ersehen an diesem Falle, daß dem am angefochtenen Entscheid Beteiligten die Legitimation zur Beschwerde abgesprochen wurde, trotzdem die Verletzung objektiven Rechts durch die Nichtdurchführung eines Strafverfahrens gerügt wurde. Nur in dem einen Punkte ist die Legitimation als gegeben erachtet worden, wo ein Eingriff in subjektive Rechte behauptet wurde.

Daß durch Nichteinleitung des Strafverfahrens objektives Recht verletzt wurde, kann u. E. nicht bezweifelt werden, da hier das Legalitäts- und nicht das Opportunitätsprinzip entscheidet. Der Bundesrat selbst läßt in seiner sehr sorgfältigen Begründung diese Möglichkeit zu. Wenn wir nun das VDG. auf diesen Fall anwenden, müßte nach unserer Auffassung des Art. 9, um so mehr auch nach der Ansicht Rucks, die Legitimation auch in diesem Punkte bejaht werden, da der Beschwerdeführer am Verfahren beteiligt war und eine Verletzung objektiven Rechts rügt.

Da nun der „in dem angefochtenen Entscheid als Partei" Beteiligte nach unsern Darlegungen eine besondere Stellung im Beschwerdeverfahren hat, ist es wichtig, festzustellen, wem diese Eigenschaft eigentlich zukommt. *Kirchhofer*[97]) meint, darunter sei die Person zu verstehen, die der angefochtene Entscheid angeht, indem ein von einer bestimmten Person gestelltes Begehren abgewiesen, ihr eine Auflage gemacht, eine Berechtigung entzogen, etwas verboten wird usw. Es ist, nach ihm, derjenige, welcher in solcher Weise durch den Entscheid unmittelbar betroffen wird.

Ebenso versteht unter dieser Wendung *Ruck*[98]) den durch die Verfügung unmittelbar Betroffenen, der „im allgemeinen aus Richtung und Inhalt des Verwaltungsaktes leicht feststellbar" ist. „Insbesondere ist derjenige betroffen, an den sich der Verwaltungsakt gerichtet hat" (Verfügungsempfänger). Es wird aber nicht immer leicht sein, zu entscheiden, ob der Beschwerdeführer als Partei im Entscheid beteiligt war oder als Dritter anzusehen ist. Man braucht nur an die Fälle zu denken, in denen jemand bei der Verwaltungsbehörde einen Entscheid in einer Sache verlangt, die in erster Linie einen Dritten angeht.

In dem vom Verwaltungsgericht mit Urteil vom 30. Januar 1934 ent-

---

[97]) *Kirchhofer:* S. 33.
[98]) *Ruck:* VR. I, S. 167.

schiedenen Fall der Firma Senn kontra Kästli[99]) (siehe auch S. 30) war die Firma Senn von der Aufsichtsbehörde mit ihrem Begehren abgewiesen worden und erhob dagegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Verwaltungsgericht erachtete die formelle Legitimation der Beschwerdeführerin als gegeben, weil sie im Entscheid des Regierungsrates als Partei aufgeführt wurde, wies sie aber wegen fehlender Legitimation zur Sache ab, da keine Verletzung ihrer Rechte vorlag.

U. E. war die Beschwerdeführerin in dem angefochtenen Entscheid überhaupt nicht im Sinne des Art. 9[1] VDG. „als Partei beteiligt". Nicht sie hatte darüber zu wachen, ob die Firma Kästli dem Prinzip der Firmenwahrheit nachlebe. Ihr Begehren gegen die Firma stellte sich in Wirklichkeit als eine *Anzeige* gegen dieselbe wegen eines Verstoßes gegen die Firmenvorschriften dar. Die Behörde war berechtigt, aber nicht verpflichtet, wie das Urteil des Verwaltungsgerichtes mit Recht ausführt und wie schon frühere Urteile[100]) dies getan haben, auf diese Anzeige zu reagieren. Wenn sie der Firma Senn von der Abweisung ihrer „Anträge" Mitteilung machte, so war dies nicht ein Entscheid über diese Anträge, sondern eine einfache Mitteilung an den Verzeiger über die Art der Erledigung seiner Anzeige. Es handelt sich also um eine res inter alios acta, ähnlich etwa wie bei der Strafanzeige eines unbeteiligten Privaten. Der Firma Senn gegenüber lag kein Entscheid im Sinne des Art. 8 VDG. vor, an dem sie hätte als Partei beteiligt sein können. Somit war ihre Verwaltungsgerichtsbeschwerde schon wegen Mangels der formellen Legitimation a limine abzuweisen.

Mit Urteil vom 10. Februar 1938[101]) hat das Verwaltungsgericht mit durchaus zutreffender Motivierung eine Beschwerde der Basler Lebensversicherungsgesellschaft abgewiesen, gerichtet gegen einen Entscheid des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, das eine angeregte Unterstellung eines versicherungsähnlichen Betriebes unter Versicherungsaufsicht abgelehnt hat. Es sei dies weder ein Entscheid noch eine Verfügung, sondern die Erledigung eines Gesuches um die Entscheidung einer Rechtsfrage, obschon in der Art eines Entscheides formuliert. Trotz dieser, Formulierung habe man es hier nur mit einer Meinungsäußerung zu tun, einer Art Gutachten, welchem Entscheidungscharakter abgeht.

Nicht ganz konform mit dieser Einstellung scheint uns anderseits, wenn das Verwaltungsgericht die Beschwerde gegen Weisungen zuläßt, die vom Eidgenössischen Amt für das Handelsregister „in einer heiklen, grundsätzlichen Frage" erteilt werden[102]). Ob solche Weisungen von Behörde zu Behörde Entscheidungscharakter haben, ist eher zu bezweifeln, da sie nur Entscheidungsgrundsätze festlegen.

Kirchhofer[103]) billigt die Beschwerde in den Fällen zu, wo jemand bei einer Verwaltungsbehörde wegen einer Maßnahme gegen einen Dritten vorstellig wird und eine Abweisung erfährt. Als Beispiele führt er an, wenn

---

[99]) *BGE.:* 60 I 32 ff.
[100]) Vgl. *BGE.:* 56 I 361.
[101]) *BGE.:* 64 I 59.
[102]) *BGE.:* 65 I 150 (v. 20. Sept. 1939).
[103]) *Kirchhofer:* S. 35.

jemand verlangt, daß der Betrieb, in welchem er als Arbeiter oder Angestellter beschäftigt ist, unter das Fabrikgesetz oder die Sozialversicherung gestellt werde und das Begehren abgewiesen wird. Das Verwaltungsgericht habe aber bei der materiellen Prüfung der Beschwerde zu untersuchen, ob der Rekurrent zur Sache legitimiert sei, und abzuweisen, wenn er kein Recht in Hinsicht auf die den Dritten betreffende Maßnahme habe.

In diesen Beispielsfällen wird aber die Rechtsstellung des Auftraggebers und damit der Schutz seiner Rechtsgüter durch die behördliche Maßnahme *unmittelbar* berührt. Er ist daher gemäß Art. 9 VDG. als Partei beteiligt. Im Sinne unserer Darlegungen wird also schon die Behauptung einer objektiven Rechtsverletzung genügen, um die sachliche Legitimation zur Beschwerde zu begründen.

2. Der verletzte Dritte

Auch wer am Entscheid nicht beteiligt ist, also ein Dritter, der sich durch ihn verletzt fühlt, ist zur Beschwerde legitimiert, aber nur wenn er durch den Entscheid „in seinen Rechten verletzt worden ist" (Art. 9^1 VDG. und Art. 103^1 EOG.). Diese Formulierung des Gesetzes will besagen, wie schon ausgeführt, daß es sich um den Eingriff in ein subjektives öffentliches Recht handeln müsse. Aber auch die Fassung dieses zweiten Legitimationsgrundes kann zu Mißverständnissen Anlaß geben. Wir sehen dabei von den bereits dargelegten Gründen ab, aus welchen ein sicheres Kriterium zur Abgrenzung der sog. Reflexe von den subjektiven Rechten fehlt. Aber die Fassung des Art. 9^1 VDG. kann dazu verführen, anzunehmen, die Legitimation des Dritten sei vom Vorhandensein der Rechtsverletzung abhängig.

Dann würde, wie *Kirchhofer*[104]) bemerkt, die Legitimationsfrage mit derjenigen nach der materiellen Begründetheit der Beschwerde zusammenfallen. Es genügt aber die Behauptung der Rechtsverletzung, allerdings nicht jede vage Behauptung allein. Die Beziehung des Beschwerdeführers zur Sache muß nämlich eine solche sein, daß der von ihm behauptete Verstoß gegen das öffentliche Recht gleichzeitig einen verletzenden Eingriff in seine subjektive Rechtssphäre bedeutet[105]).

Beispiel: Die Unterstellung eines Betriebes unter die Suva wird mit Entscheid des Bundesamtes für Sozialversicherung aufgehoben. Ein Arbeiter des Betriebes erhebt dagegen als Dritter die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit der Behauptung, die Nichtunterstellung beruhe auf einer Verletzung von Bundesrecht. Hier liegt auf der Hand, daß, wenn sich das bewahrheiten sollte, der Arbeiter in seinem Recht auf den Versicherungsschutz verletzt wäre. Das genügt zu seiner Legitimation.

Wenn wir die Beschwerdematerien kurz ansehen, geben sie in dieser Richtung zu folgenden Bemerkungen Anlaß:

Zur Beschwerde gegen Entscheide über *Abgaben* (Art. 4a VDG.) ist im

---

[104]) *Kirchhofer:* S. 35.
[105]) *BGE.:* 60 I 31 ff.

Sinne des Art. 5[1] VDG. wie des Art. 97[1] EOG. legitimiert, wem die Entrichtung einer bestimmten bundesrechtlichen Abgabe auferlegt oder die Rückerstattung einer solchen verweigert, ferner wem überhaupt (durch Feststellungsentscheid) eine Abgabepflicht auferlegt oder die Abgabefreiheit abgesprochen wurde[106]). Hingegen wird ein Dritter, der höher und richtig veranlagt worden ist, nicht legitimiert sein, Beschwerde dagegen zu erheben, daß ein anderer zu niedrig veranlagt worden ist. Es steht ihm nämlich kein subjektives Recht darauf zu, daß alle andern richtig veranlagt werden, denn er ist nicht zum Hüter des Gesetzes bestellt. Die Behörden sind zwar berechtigt, die von einem Bürger zu ihrer Kenntnis gebrachten Rechtsverletzungen zu untersuchen, aber nicht immer dazu verpflichtet[107]). Der Private hat kein Postulationsrecht in dieser Richtung.

Gemäß Art. 4 b und 6 VDG. (Art. 98 EOG.) kann unter anderm eine Versicherungsgesellschaft, eine Auswandereragentur oder ein Angeschuldigter im Verfahren wegen Uebertretung fiskalischer Bundesgesetze gegen einen Entscheid der ihnen die Leistung einer öffentlichrechtlichen Kaution auferlegt oder die Rückerstattung einer solchen verweigert, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben. Diese Personen haben aber nicht das gleiche Beschwerderecht wegen bloßer Feststellungsentscheide über die Kautionspflicht oder Kautionsfreiheit[108]). Noch weniger können Dritte, z. B. andere Versicherungsgesellschaften oder Auswandereragenturen wegen der Befreiung eines Konkurrenten von der Kaution Beschwerde erheben. Selbst wenn nämlich in dieser Befreiung eine Rechtsverletzung läge, ist nicht dadurch „gleichzeitig ein unrechtmäßiger Eingriff in ihre subjektive Rechtssphäre " erfolgt[109]).

Wir werden aber im weitern ersehen, daß das Bundesgericht gelegentlich auch Konkurrenten zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert erklärt hat.

In *Registersachen* sprach das Verwaltungsgericht, wie bereits im vorhergehenden Abschnitt dargelegt wurde, selbst einem im Entscheid als Partei Beteiligten, die Sachlegitimation ab, wenn kein Eingriff in sein subjektives Recht erfolgte[110]). Anderseits hat das Verwaltungsgericht in einem Entscheid von 1932 über die Beschwerde eines Berufsverbandes, nämlich des Verbandes schweizerischer Postwertzeichenhändler gegen einen einzelnen Händler (Edelmann), dessen Registerpflicht verneint wurde, die sachliche Legitimation dieses Berufsverbandes zur Beschwerdeführung anerkannt, und zwar mit folgender Begründung:

„Ohne Zweifel hat der Beschwerdeführer als Berufsverband kein ma-

---

[106]) Daß nicht Entscheide betreffend Stundung oder Erlaß einer Abgabe anfechtbar sind, wurde bereits bemerkt (I. 3 hiervor).

[107]) *BGE.*: 56 I 361.

[108]) Vgl. I 3 hievor.

[109]) *BGE.*: 60 I 32. Wir lassen dabei dahingestellt, ob diese Personen eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Rechtsungleichheit haben (Art. 4 BV.).

[110]) Vgl. III A 1 hievor. Wir sprechen in Registersachen der Kürze halber vom Verwaltungsgericht, trotzdem diese Sachen, wie bereits dargelegt wurde, von der ersten Zivilabteilung des BGer. beurteilt werden. Diese Abteilung fungiert nämlich hier als Verwaltungsgericht und seine Entscheide werden unter Verwaltungsgerichtsentscheiden publiziert.

terielles, pekuniäres Interesse an der Eintragung Edelmanns, sondern nur ein ideelles oder höchstens ein mittelbares, das ihm durch seinen Verbandszweck, die Wahrung der Berufsinteressen seiner Mitglieder, übergeben ist (Burckhardt: Z. f. g. St. 1931, S. 235). Das Bundesgericht hat jedoch bei Beurteilung staatsrechtlicher Rekurse schon wiederholt Berufsverbänden die Sachlegitimation zuerkannt, so bei Zulassung eines Arztes mit ausländischem Diplom zur Berufsausübung in der Schweiz (*BGE.:* 28 I 240, 46 I 99), wobei auf den Umstand Gewicht gelegt wurde, daß sich der Verband sehr oft aus Konkurrenten zusammensetzt. Diese Praxis des Bundesgerichtes als Staatsgerichtshof ist ohne weiteres zu übernehmen, und es ist deshalb die Legitimation des Beschwerdeführers zur Stellung des Begehrens um Eintragung eines Dritten ins Handelsregister und zur Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde zu bejahen."

Was das Zitat *Burckhardt* betrifft, ist zu bemerken, daß dieser die Frage der Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht aufrollen will, sondern sie nur streift, indem er die Frage erhebt, ob ein Dritter nicht beschwerdeberechtigt sein soll, „weil er kein materielles, pekuniäres Interesse an der Berichtigung jener ungesetzlichen Verfügung hat? Oder ist sein Interesse vielleicht um so sachlicher, als es weniger subjektiv ist? Ist es nicht um so sachlicher, je ideeller es ist? Aber dann müßte man cuidam ex populo die Legitimation zusprechen, und um so eher, als er weniger materiell und persönlich beteiligt ist."

Damit *verneint* aber Burckhardt implicite seine Fragen, weil Art. 9 VDG. (Art. 103 EOG.) eben keine Beschwerde als Popularklage zuläßt. Das Bundesgericht als Staatsgerichtshof hat anderseits in einer Reihe von Entscheiden[111]) Berufsverbänden die Beschwerdelegitimation zugesprochen (Aerzte-, Apothekerverbänden, Wirteverbänden), soweit es sich um die angefochtene Zulassung eines einzelnen zur Ausübung eines bewilligungspflichtigen Berufes oder Gewerbes gehandelt hat. Die Begründung war, daß durch eine gesetzwidrige Zulassung indirekt die Gesamtheit der das Gewerbe Ausübenden in ähnlicher Weise berührt wird, wie der einzelne direkt Betroffene. Folglich stehe sowohl der Gesamtheit wie auch ihren einzelnen Angehörigen ein gleichberechtigtes Interesse an der Aufrechterhaltung der gesetzlichen Ordnung ihres Gewerbes zur Seite[112]).

Der Staatsgerichtshof hat damit eine sehr weitherzige Anwendung des Art. 178[2] OG. vertreten, der ähnlich wie der Art. 9 VDG. die Beschwerdelegitimation nur denen erteilt, die durch die angefochtene Verfügung eine Rechtsverletzung erlitten haben[113]). Auch hier handelt es sich also um die Verletzung nicht bloß objektiven, sondern auch zugleich subjektiven Rechts. Wenn nun der Staatsgerichtshof bei patentpflichtigen Gewerben und Berufen in der rechtswidrigen Zulassung eines Nichtqualifizierten die Verletzung eines subjektiven Rechts jedes einzelnen Berufs- oder Gewerbe-

---

[111]) *BGE.:* 27 I 493, 28 I 240, 33 I 15, 34 I 472, 46 I 99 u. 378.
[112]) *BGE.:* 34 I 472.
[113]) Art. 84 EOG. spricht ähnlich von „Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger".

genossen in der ganzen Schweiz erblickt, so kann man sich damit im Interesse eines stärkern Rechtsschutzes einverstanden erklären.

Der Fall liegt aber u. E. nicht analog bei freien Gewerben, wo es sich bloß um die Frage der Registrierungspflicht eines einzelnen Gewerbeausübenden handelt. Hier geht es um eine bloße Ordnungsvorschrift, nicht um die Schädigung von Gewerbegenossen durch gesetzwidrige Zulassung Unberufener. Wir glauben daher, daß der Entscheid in Sachen des Verbandes schweizerischer Postwertzeichenhändler über das Ziel hinausschießt und daß die Bejahung der Aktivlegitimation des Verbandes nicht in der Linie der genannten Entscheide des Staatsgerichtshofes liegt.

Vor Verwaltungsgericht kommen auch Beschwerden über den *Entzug der Bewilligung*, und zwar lediglich in wenigen Gewerben (Auswandereragenturen, Grundbuchgeometer, Gold- und Silberprobierer, Handel mit Gold-, Silber- und Platinabfällen, Brennlos, Verwendung von Industriesprit, Herstellung und Vertrieb von Betäubungsmitteln und Zündholzfabrikation, VDG. Anhang III und VII 2c, vgl. Art. 99 III und VIIc EOG., und Privatversicherungsunternehmungen). Ein anderer als der durch den Entzug unmittelbar Betroffene kann daher in diesen Fällen wohl kaum als in seinem subjektiven Recht verletzt erscheinen.

Hingegen ist die Frage, ob die Voraussetzungen einer *gewerbepolizeilichen Bewilligung* vorliegen, überhaupt nicht Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde[114]). Es kann somit in diesen Fällen nur ein staatsrechtlicher Rekurs in Frage kommen. Nur in einem Fall kann die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Frage kommen, nämlich in einem Streit darüber, ob ein Unternehmen unter das BG. betr. die Beaufsichtigung der Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens gehört und daher zum Geschäftsbetrieb der Bewilligung der Bundesbehörden bedarf (VDG. Anhang VII Abs. 1, EOG. Art. 99 VII). Dieses Gebiet streift ein interessanter Entscheid des Verwaltungsgerichtes vom 10. Febr. 1938 in Sachen der Basler Lebensversicherungsgesellschaft gegen das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement[115]):

Diese Versicherungsgesellschaft verlangte beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement die Unterstellung eines gewissen versicherungsartigen Unternehmens unter die eidgenössische Versicherungsaufsicht. Das Departement hat die Eingabe mit ausdrücklicher Begründung abschlägig beschieden. Die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde mit genanntem Entscheid abgewiesen, weil das Schreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes nur ein als Entscheid formuliertes Rechtsgutachten über „die angeregte Unterstellung unter Versicherungsaufsicht" darstelle. Es fehle daher dieser behördlichen Handlung der Entscheidungscharakter.

Damit ist die Frage umgangen worden, ob eine Versicherungsunternehmung zur Beschwerdeführung legitimiert ist, wenn ein anderes ver-

---

[114]) *Botschaft 1925:* S. 135. *Ständerat 1926:* S. 31. *Nationalrat 1926:* S. 281. *Kirchhofer:* S. 21.

[115]) *BGE.:* 64 I 59.

sicherungsartiges Unternehmen der Versicherungsaufsicht nicht unterstellt wird. Der Fall liegt analog der Beschwerde gegen die Zulassung eines Nichtqualifizierten zu einer Berufs- oder Gewerbeausübung, die einer besondern Bewilligung bedarf. Durch derartige „wilde" Unternehmungen, die nicht beaufsichtigt sind, wird nämlich im Sinne der bundesgerichtlichen Auffassung jede der Versicherungsaufsicht unterstehende Unternehmung in ihrer Gewerbeausübung geschädigt, somit in ihrem subjektiven Recht verletzt.

In bezug auf die Unterstellung eines Betriebes unter das *Fabrikgesetz* (VDG. Anhang X und EOG. Art. 99 IX) oder unter die *Sozialversicherung* (VDG. Anhang XI und Art. 99 X EOG.) liegt auf der Hand, daß auch Arbeitsnehmer dieser Betriebe als Dritte gegen die Nichtunterstellung unter die genannten Gesetze Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben können. Diese Gesetze haben nämlich den Charakter von Schutzgesetzen vornehmlich im Interesse der Arbeitnehmer (Vertragsschutz, Betriebsschutz, Beschäftigungsschutz, Lohnschutz)[116]). Eine rechtswidrige Nichtunterstellung beraubt daher den Arbeitnehmer des ihm zugesicherten Sozialschutzes, wodurch er unmittelbar in seinen Rechten verletzt erscheint[117]). Im Sinne der erörterten Judikatur des Staatsgerichtshofes muß daher die Legitimation zur Beschwerdeführung auch den *Arbeiterverbänden* zustehen, zumal der einzelne Arbeitnehmer es oft seiner abhängigen Stellung wegen nicht wagen wird, Beschwerde zu erheben, und es sich insbesondere bei der Sozialversicherung um den Schutz von Gesundheit und Leben der Arbeitnehmer handelt, somit um ihre grundlegenden Rechtsgüter.

Anstände betreffend den Umfang des *Alkoholmonopols* und des *Pulverregals* (VDG. Anhang II und Art. 99 II EOG.) betreffen die Frage der Abgrenzung dieser Bundesmonopole gegen die verfassungsmäßig garantierte Handels- und Gewerbefreiheit. Da letztere zweifellos zu den subjektiven öffentlichen Rechten zählt[118]), erscheint u. E. jeder Gewerbetreibende der etwa Brennereirohstoffe oder Pulverrohstoffe fabriziert oder vertreibt, durch einen Entscheid verletzt, der die genannten Bundesmonopole gesetzwidrig ausdehnt, auch wenn er nicht im Verfahren vor den Verwaltungsbehörden beteiligt war. Die Aktivlegitimation ist ihm als verletztem Dritten daher zuzusprechen, da es sich nicht nur um wirtschaftliche Interessen, sondern um Eingriffe in das geschützte Rechtsgut des Art. 31 BV. handelt.

Wasserrechtliche Streitigkeiten betreffen nur die Bildung von Wasserrechtsgenossenschaften, den Beitritt zu solchen und die Verhältnisse der Genossenschafter (VDG. Anhang V und Art. 99 V EOG.). Der Natur der

---

[116]) *Ruck:* VR. II, S. 85 ff.

[117]) *Kirchhofer:* S. 34. Er läßt die Frage offen, „je nachdem man die Grenzlinie zwischen der Rechtssphäre u. der bloßen Interessenssphäre des Bürgers zieht". Aber Sozialgesetze sind Schutzgesetze der Rechtssphäre, nicht bloß der Interessenssphäre, bzw. erheben sie bisherige Interessen durch rechtlich zugesicherten Schutz zu Rechtsgütern. Subjekte des Schutzes sind in den beiden genannten Gesetzen die Arbeitnehmer, nicht die Betriebsinhaber. Wenn also letztere gegen die Unterstellung Verwaltungsgerichtsbeschwerde haben, so muß sie um so mehr dem Arbeitnehmer gegen die Nichtunterstellung zustehen.

[118]) *Burckhardt:* Komm. z. Art. 31 BV. *Ruck:* Staatsr., S. 54 ff.

Sache nach können hier somit nur am Verfahren Beteiligte beschwerdelegitimiert sein. Nur der Beliehene hat nämlich ein subjektives öffentliches Nutzungsrecht am Gewässer[119]).

Entscheide über die Abgrenzung der bundesrechtlichen Begriffe der Spielbanken, Lotterie, Tombola und gemeinnützigen Lotterie (VDG. Anhang VII und Art. 99 VI EOG.) betreffen das Gebiet der Sittenpolizei. Hier spielen somit keine subjektiven öffentlichen Rechte hinein, so daß nur die direkt am Verfahren Beteiligten beschwerdeberechtigt sein können.

Schließlich betreffen Streitigkeiten über die Zugehörigkeit von *Stiftungen* zum Gemeinwesen nur Konflikte unter Behörden, die unter B hernach behandelt werden, während Streitigkeiten über Umwandlung von Stiftungen wohl nur zwischen den obersten Stiftungsorganen und der Umwandlungsbehörde spielen werden (Art. 85 ZGB.). Das ZGB. gibt nämlich weder dem Stifter noch den Destinatären ein Mitspracherecht[120]). Um so weniger ist ihnen eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde zuzusprechen, da kein subjektives *öffentliches* Recht in Frage kommt.

B) Oeffentlichrechtliche Beschwerdeführer

1. Bundesbehörden

Das VDG. wie das EOG. räumen, wie schon hervorgehoben wurde, auch Behörden die Befugnis ein, Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu erheben. In diesem Falle dient jedoch die Beschwerdelegitimation nicht wie bei Privaten dem Schutz subjektiver Rechte, sondern „der Wahrung des öffentlichen Interesses und des objektiven Rechts[121]).

Art. 9^2 VDG. und Art. 103^2 EOG. geben dem *Bundesrat* die Aktivlegitimation gegen Entscheide, die von der letzten kantonalen Instanz erlassen worden sind, Beschwerde zu erheben. Mit Kreisschreiben vom 12. Febr. 1929[122]) hat der Bundesrat dieses Beschwerderecht delegiert: in Steuersachen an die *eidgenössische Steuerverwaltung*, in den übrigen Sachen an das *Departement, dessen Geschäftskreis der Entscheid betrifft.*

Dieses Beschwerderecht des Bundesrates ist gleichsam als Ventil geschaffen worden, bzw. als Ersatz dafür, daß er gemäß Art. 50 VDG. durch den modifizierten Art. 23 des BG. über die Organisation der Bundesverwaltung vom 26. März 1914 von der Entscheidungsbefugnis in allen Geschäften ausgeschlossen wurde, die „Mittelinstanzen" zur selbständigen Erledigung übertragen worden sind. Dieser Ersatz ist freilich recht unzureichend.

Gemäß Art. 102^2 BV. hat der Bundesrat über die Beobachtung der Bundesverfassung, der Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse sowie der eid-

---

[119]) *Ruck:* VR. II, S. 168.

[120]) *Egger:* N. 11 zu ZGB. 87. *BGE.:* 43 II 133 und 51 II 471 versagen den Destinatären die Zivilklage gegen Umänderungen.

[121]) *Kirchhofer:* S. 36.

[122]) *BBl. 1929:* I, S. 185.

genössischen Konkordate zu wachen. Aus diesem Aufsichtsrecht fließen[123]) die Befugnisse des Bundesrates zur Erteilung von Weisungen und zur Aufhebung oder Abänderung von Entscheiden der seiner Aufsicht unterstellten kantonalen und Bundesbehörden von Amtes wegen. Durch das VDG. wurde aber diese Aufsicht und Entscheidungskompetenz nur noch hinsichtlich dieser Verwaltungssachen unberührt in der Hand des Bundesrates belassen, die auch noch weiterhin auf dem Wege der Verwaltungsbeschwerde an ihn weitergezogen werden können (Art. 22 VDG. und Art. 124 EOG.). Hingegen erfuhren seine Kompetenzen eine Spaltung in bezug auf die Verwaltungssachen, die dem Verwaltungsgericht zur Entscheidung übertragen wurden: Die Aufsicht verblieb dem Bundesrat, die Entscheidungskompetenz hat er eingebüßt.

In Wirklichkeit büßte aber der Bundesrat auch einen Teil der Aufsichtskompetenzen ein, da er nunmehr in seinen Weisungen an die untern Organe nicht mehr ganz frei ist. Er kann nämlich vom Verwaltungsgericht immer wieder desavouiert werden. *Burckhardt*[124]) äußert in dieser Hinsicht sogar die Besorgnis, daß die Einheit der aktiven Verwaltung und die Verantwortlichkeit darunter schwer leiden könnten, diese sei aber weit wichtiger als die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diese Besorgnis hat sich aber in der bisherigen verwaltungsgerichtlichen Tätigkeit als übertrieben erwiesen. Die „Rechtskontrolle" hat die Tätigkeit der obersten Verwaltungsbehörde nicht geschwächt. Die Frage des richterlichen Prüfungsrechts ist keine Prestigefrage zwischen Staatsbehörden, wie *Ruck* treffend bemerkt[125]), und niemand möchte wohl den wertvollen Ausbau, den der eidgenössische Rechtsstaat durch die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erfahren hat, wieder rückgängig machen.

Es ist aber wichtig, sich vor Augen zu halten, daß durch das Verwaltungsgericht auch das Recht des Bundesrates, „Entscheide der seiner Aufsicht unterstellten Behörden von Amtes wegen aufzuheben oder abzuändern", wenigstens gegenüber Entscheiden eidgenössischer Behörden weggefallen ist. Art. 50 VDG. hat nämlich durch die bereits erwähnte Modifikation des Art. 23 des BG. über die Organisation der Bundesverwaltung vom 26. März 1914 in der Richtung des Ausschlusses der den Mittelinstanzen übergeordneten Behörden von der Entscheidungsbefugnis auch das spontane Aufhebungs- und Abänderungsrecht des Bundesrates bezüglich Entscheiden eidgenössischer Behörden beseitigt[126]). Auch Art. 166 EOG. hat dies nicht geändert.

Aber selbst gegenüber Entscheiden kantonaler, seiner Aufsicht unterstellter Behörden ist das daraus fließende spontane Aufhebungs- und Abänderungsrecht des Bundesrates weggefallen, soweit die Offizialbefugnis des Bundesrates mit der Entscheidungskompetenz des Verwaltungsgerichtes konkurriert. In dieser Richtung ist aber wenigstens das genannte Beschwerderecht des Bundesrates beim Verwaltungsgericht gegenüber Ent-

[123]) Vgl. *Burckhardt:* Komm. zu Art. 102 BV. *Ruck:* StR., S. 91. *Botschaft 1925:* S. 46.
[124]) *Burckhardt:* Z. f. g. St., S. 238.
[125]) *Ruck:* VR. I, S. 170.
[126]) *Botschaft 1925:* S. 47.

scheiden kantonaler Behörden geschaffen worden. Das hat den Zweck, dem Bundesrat zu ermöglichen, für die *einheitliche Rechtsanwendung durch die Kantone* zu sorgen. Es betrifft dies zumeist Zivilstands-, Handelsregister-, Güterrechtsregister-, Grundbuch- und Schiffsregistersachen.

Von diesem Beschwerderecht des Bundesrates wird kein ausgiebiger Gebrauch gemacht, aber es ist geeignet, schon durch seine Existenz (in being) auf die kantonalen Instanzen zu wirken, da sie sich vor Augen halten müssen, daß dem Bundesrat an Stelle seiner frühern Offizialbefugnis zur Aufhebung und Abänderung ihrer Entscheide immer noch in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eine wirksame Handhabe zusteht.

Als Beispiel einer solchen Beschwerde sei angeführt:

Die Justizkommission von Basel-Stadt wollte die Weisung des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes auf Löschung einer AG. von Amtes wegen nicht durchführen; das Departement erhob dagegen Beschwerde an das Verwaltungsgericht, welches diese mit Entscheid vom 25. April 1939 beurteilt hat[127]).

Ein gleiches Beschwerderecht gegen Entscheide eidgenössischer Mittelinstanzen hat der Bundesrat nicht. Es würde seiner Stellung kaum entsprechen, gegen ihm unmittelbar unterstellte Behörden vor Verwaltungsgericht aufzutreten[128]).

2. Kantonale Behörden

Ueber die Aktivlegitimation kantonaler Behörden zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde enthält das VDG. keine analogen Bestimmungen, wie Art. 9^2 VDG. und Art. 103^2 EOG. bezüglich der Aktivlegitimation des Bundesrates. Man könnte daraus schließen, daß kantonale Behörden nicht beschwerdeberechtigt seien. Dieser Schluß wäre allerdings verfehlt[129]).

Schon aus VDG. Anhang IV, ebenso aus Art. 99 IV EOG. folgt, daß Gemeinwesen gegen Entscheide des eidgenössischen Departementes des Innern und der kantonalen Aufsichtsbehörden über die Zugehörigkeit der Stiftungen zum Gemeinwesen der Anfechtung durch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen. Gemäß Art. 84 ZGB. handelt es sich hier um die Frage, ob eine Stiftung der Aufsicht des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde zu unterstellen sei. Die Entscheidung über die Zugehörigkeit treffen die Gemeinwesen selbst, im Streitfalle für die nicht dem Bunde unterstellten Stiftungen die kantonale Regierung[130]).

Somit kann eine *Gemeinde* gegen einen Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde, die ihr die in Anspruch genommene Aufsicht über eine Stiftung abspricht, Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben, ebenso ein *Kanton* gegen einen Entscheid des eidgenössischen Departementes des Innern, der eine vom Kanton in Anspruch genommene Aufsicht über eine Stiftung dem Bund zuspricht.

---

[127]) *BGE.:* 65 I 139.
[128]) *Burckhardt:* N. 1, S. 242. *Kirchhofer:* S. 36.
[129]) *Burckhardt:* S. 242.
[130]) *Egger:* N. 3, ZGB. 84.

Es frägt sich aber, ob auch außer diesem und andern in einzelnen Erlassen positivrechtlich normierten Fällen kantonale Behörden allgemein zur Beschwerde berechtigt seien. *Kirchhofer*[131]) bejaht dies für den Fall, daß „sie im angefochtenen Entscheid als Partei beteiligt" sind. Es müsse sich um eine eigentliche Parteistellung in einem Verfahren der Verwaltungsrechtspflege handeln. Die bloße Beteiligung als Behörde, deren Entscheid im gewöhnlichen Verwaltungsverfahren bei einer obern administrativen Instanz angefochten wird, genüge nicht.

Demnach wäre auf die Aktivlegitimation kantonaler Behörden wenigstens diese Bestimmung des Art. 9[1] VDG. anzuwenden, nach welcher beschwerdeberechtigt ist, wer in dem angefochtenen Entscheid als Partei beteiligt war. Hingegen wäre eine kantonale Behörde nicht aktiv legitimiert, wenn sie, ohne als Partei beteiligt zu sein, durch den angefochtenen Entscheid in ihren Rechten verletzt worden ist (verletzter Dritter).

Geht man davon aus, daß das VDG. nicht zum Schutze von Behörden, sondern von *Privaten* geschaffen wurde, daß ferner zur Austragung von Streitigkeiten unter Behörden, sofern sie nicht staats- oder privatrechtlicher Natur sind, das VDG. in erster Linie die Verwaltungsklage gibt (Art. 17 ff., entsprechend Art. 110 EOG.), so ist kantonalen Behörden die Aktivlegitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wo keine positivrechtliche Bestimmung vorliegt, jedenfalls nur in eng abgesteckten Grenzen einzuräumen. Die Formulierung Kirchhofers ist daher zu billigen, vielleicht mit der Abweichung, daß wir statt der Beteiligung der Behörde im angefochtenen Entscheid als Partei ihre Beteiligung als *Interessentin* setzen möchten. Die Behörde ist nämlich noch weniger als der Private im reinen Verwaltungsverfahren Partei. Sie ist immer eine objektive Instanz. Aber soweit es sich um ihren Tätigkeitskreis, ihre Verfügungs- und Entscheidungskompetenzen handelt, hat sie dieselben von Amtes wegen wahrzunehmen und daher auch gegen Eingriffe seitens anderer Behörden im Interesse einer geordneten Verwaltung zu verteidigen. Soweit ist sie auch zur Beschwerde zuzulassen. Damit wäre aber nur ihre formelle Legitimation gegeben, nicht ihre Legitimation zur Sache[132]). Letztere muß aber ebenfalls gegeben sein, wenn die Beschwerde nicht wegen mangelnder Prozeßvoraussetzung zurückgewiesen werden soll. Eine Behörde kann aber kein subjektives öffentliches Recht haben, das verletzbar ist. Daher muß hier eine objektive Rechtsverletzung als genügend erachtet werden. Da nach unserem Standpunkt dies selbst bei einem Privaten genügt, soweit er als Partei im Verfahren beteiligt war, erweist sich unsere Auffassung als einheitlicher und systemgerechter.

Das Verwaltungsgericht stellt mit Kirchhofer auf die Beteiligung einer Behörde „als Partei" im Verfahren ab. So hat es in einem Entscheid vom 14. Febr. 1935[133]) die Beschwerde des Grundbuchverwalters von Solothurn gegen eine Verfügung seiner Aufsichtsbehörde wegen mangelnder Aktiv-

[131]) *Kirchhofer:* S. 36.
[132]) Vgl. die Ausführungen unter A. 1 hievor.
[133]) *BGE.:* 61 I 146.

legitimation abgewiesen. Der Grundbuchverwalter hatte in diesem Falle eine vom Amtsgerichtspräsidenten von Solothurn verfügte Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts auf einer Liegenschaft abgelehnt, mit dem Hinweis darauf, daß den Eigentümern dieser Liegenschaft die Nachlaßstundung bewilligt worden sei. Auf Beschwerde der Baugläubiger hin wies die kantonale Aufsichtsbehörde (das Obergericht Solothurn) das Grundbuchamt zur Vornahme der verweigerten Eintragung an. Diese Weisung focht nun der Grundbuchverwalter mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an.

Wie oben erwähnt, wies das Verwaltungsgericht diese Beschwerde mangels Aktivlegitimation ab. Das Grundbuchamt sei nicht als Partei, sondern als Amtsstelle am Verfahren beteiligt und habe als solche sich dem Entscheid der übergeordneten Instanz zu unterziehen, ohne selbst befugt zu sein, dagegen ein Rechtsmittel zu ergreifen.

Der Grundbuchverwalter war in diesem Falle zugleich Sachwalter der Nachlaßschuldner. In dieser Eigenschaft, erklärte das Verwaltungsgericht, hätte er wohl Beschwerde führen können, was er aber nicht getan hat.

In einem neuern Entscheid vom 12. Dez. 1939[134]) in Sachen des Regierungsrates Solothurn gegen das solothurnische Obergericht führte das Verwaltungsgericht in großer Ausführlichkeit aus:

„Im Entscheid 61 I 146 (vorstehender Fall) ist in etwas enger Umschreibung erklärt worden, die verwaltungsgerichtliche Beschwerde sei ein Rechtsmittel gegen unzulässige Eingriffe der Behörden in die Rechte der Bürger. Das darf nicht so verstanden werden, daß eine Behörde — abgesehen von dem in Art. 9^2 VDG. ausdrücklich erwähnten Bundesrat — überhaupt nicht beschwerdeberechtigt sein kann. Die Beschwerdelegitimation fehlt ihr vielmehr nur dort, wo sie am Verfahren lediglich als Behörde beteiligt ist, deren Entscheid von der ihr übergeordneten administrativen Instanz aufgehoben wurde. Dann ist ihr nämlich die Parteieigenschaft im eigentlichen Sinne abzusprechen."

„Anders verhält es sich dagegen, wenn wie hier die rekurrierende Behörde zu derjenigen, die den Entscheid erlassen hat, nicht im Subordinationsverhältnis steht. Ist in einem solchen Falle streitig, ob der an sich beschwerdefähige Entscheid gegen Bestimmungen des öffentlichen Rechts verstößt, über deren Beobachtung die am Entscheid beteiligte Behörde zu wachen hat, so kommt dieser eine eigentliche Parteistellung zu (Kirchhofer, S. 36 ff.), und zwar besitzt sie, wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, neben der durch die Parteieigenschaft verliehenen Beschwerdelegitimation auch die sog. Legitimation zur Sache."

„Das für den privaten Beschwerdeführer für die Seite der Legitimation notwendige Erfordernis der Verletzung der subjektiven Rechtssphäre (60 I 32, 62 I 167) fällt selbstverständlich außer Betracht bei einer Behörde, deren Aufgabe in der Durchsetzung des objektiven öffentlichen Rechts auf dem ihr zugewiesenen Tätigkeitsgebiet besteht."

Für den Fall, wo eine Behörde am Verfahren „als Partei" beteiligt war, ist der Tatbestand, der obigem Entscheid zugrunde liegt, ein gutes Beispiel.

---

[134]) *BGE.:* 65 I 269.

Ein nicht diplomierter solothurnischer Zahntechniker hat sich auf Aufforderung des Handelsregisterführers als „Fischer, Neue zahnärztliche Privatklinik" eintragen lassen, wogegen das Sanitätsdepartement des Kantons Solothurn beim Obergericht als kantonale Aufsichtsbehörde Beschwerde erhob, da der Eintrag gegen die Firmenwahrheit verstoße und zu Täuschungen Anlaß geben kann. Das Obergericht hat die Beschwerde abgewiesen mit der Begründung, der Eintrag sei in formeller Hinsicht in Ordnung, materiell verstoße die Firma zwar gegen OR. 944, aber das Sanitätsdepartement könne dies nur auf dem Klagewege geltend machen (Art. 32 HRgVo.). Dagegen erhob nun der solothurnische Regierungsrat Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des Entscheides des Obergerichtes und Löschung der Firma.

Das Verwaltungsgericht erklärte die formelle Beschwerdelegitimation als gegeben, weil das Sanitätsdepartement, das im Verfahren vor dem Obergericht als Partei aufgetreten ist, lediglich als Verwaltungsabteilung des nunmehr beschwerdeführenden Regierungsrates gehandelt habe. Materiell mache der Regierungsrat nicht ein subjektives Recht geltend, wie dies Art. 32 HRgVo. voraussetzt, sondern strebe die Wahrung des öffentlichen Interesses an. Für die Einhaltung der in Art. 38 HRgVo. aufgestellten Vorschriften habe aber gemäß Art. 21 die Behörde von Amtes wegen zu sorgen, gleichgültig, ob außerdem einem Dritten die Zivilklage zusteht oder nicht.

Mit den hier entwickelten Grundsätzen kann man einig gehen, ohne gerade die konkrete Anwendung auf den streitigen Fall zu billigen. Als Partei ist nämlich nicht der Regierungsrat am Verfahren und am Entscheid beteiligt gewesen, sondern ein einzelnes Departement. Ferner ist die Prüfungspflicht des angerufenen Art. 21 HRgVo. dem Registerführer und nicht andern Verwaltungsbehörden vorbehalten. Da das Obergericht im Kanton Solothurn als Aufsichtsbehörde über die Handelsregisterämter fungiert, wäre eigentlich dieses oder das eidgenössische Amt für das Handelsregister zum Einschreiten von Amtes wegen wegen Verstöße gegen die Firmenwahrheit berechtigt gewesen, nicht aber der Regierungsrat oder das Sanitätsdepartement.

Als am Verfahren beteiligt wäre hier das Sanitätsdepartement auch zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde formell *legitimiert*, *materiell aber nicht* (umsoweniger der Regierungsrat), da die Sache nicht in seine Kompetenz fällt. Wo sich aber formelle und materielle Legitimation nicht decken, ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde einer Behörde mangels Aktivlegitimation abzuweisen. Dies umsomehr, als eine Behörde, wie schon ausgeführt wurde, nicht als verletzter Dritter legitimiert sein kann, ohne am Verwaltungsverfahren beteiligt gewesen zu sein.

IV. DIE PASSIVLEGITIMATION

Art. 8 VDG. betrifft nach seinem Marginale „Instanzen, deren Entscheide angefochten werden können". Nach diesem Artikel bestimmen sich somit die Behörden, deren Akte durch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde angegriffen werden können. Wohl richtet sich die Beschwerde nicht gegen die Behörde, sondern gegen ihren Entscheid, was schon das erwähnte Marginale und auch der Text des Art. 8 VDG. besagen. Allein die Verwaltungsgerichtsbarkeit erhebt, wie bereits ausgeführt wurde, durch ihren justizförmigen Charakter bewußt die Sache zu einem Parteienstreit und gibt daher auch der Behörde, deren Entscheid angefochten wird, eine eigentliche Parteirolle[135]). Ueberdies sei noch daran erinnert, daß die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in ihrer Ausgestaltung sich stark der Verwaltungsklage nähert[136]).

Man kann daher, ja man muß unter diesen Umständen wie von einer Aktiv- auch von einer Passivlegitimation sprechen. Als passiv legitimiert erscheint in diesem Sinne die *Behörde*, deren Akt (Entscheidung oder Verfügung) mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten wird. Unter keinen Umständen kann ein Privater als passiv legitimiert erscheinen. Wir halten es daher für verfehlt, wenn in den Titeln und im Text der Entscheidungen der verwaltungsrechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichtes auch die *Privatperson*, die am angefochtenen Entscheid beteiligt ist, als diejenige bezeichnet wird, gegen welche sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zugleich wie gegen die entscheidende Behörde richtet.

Beispiele:

Verband schweiz. Postwertzeichenhändler gegen *Edelmann* und Luzerner Regierungsrat (58 I 204).

Roth gegen *Grisard AG.* und Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (62 I 165).

Senn gegen *Kästli AG.* und Bernischer Regierungsrat (60 I 32).

Schweizerischer Lederhändlerverband gegen *Verband schweiz. Leder- und Fournituren-Handelsfirmen* und Eidg. Amt für das Handelsregister (66 I 277).

1. Eidgenössische Verwaltungsbehörden

Wie bereits unter I. 3 hievor ausgeführt wurde, hat sich unter Führung des Bundesrates mehrheitlich die Auffassung durchgesetzt, die Unter-

[135]) Vgl. II Kap. hievor, bes. den 1. Absch. desselben.
[136]) Vgl. I. Kap. 2. Absch. hievor.

ordnung unter ein Gericht sei mit der staatsrechtlichen und politischen Stellung des Bundesrates unvereinbar, so daß VDG. Art. 8 a dem Verwaltungsgericht nicht die Ueberprüfung bundesrätlicher Beschlüsse übertrug, sondern bloß solche der Mittelinstanzen, insbesondere „Entscheide der Departemente des Bundesrates oder anderer eidgenössischer Amtsstellen in den ihnen zur selbständigen Erledigung übertragenen Sachen". Es ist damit eine gesetzliche, vom Bundesrat nicht mehr abänderliche Delegation geschaffen worden.

Gesetzlich festgelegt wurde diese Ordnung zunächst durch Art. 50 VDG., welcher dem Art. 23 des BG. über die Organisation der Bundesverwaltung v. 26. März 1914 eine neue Fassung gegeben hat (unverändert durch den EOG.). Nach dieser Fassung sind die durch Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weiterziehbaren Geschäfte an Mittelinstanzen zur selbständigen Erledigung übertragen. Solche Mittelinstanzen sind die Departemente oder, soweit es der Bundesrat auf dem Verordnungswege verfügt, den Departementen *untergeordnete Amtsstellen* sowie die Bundeskanzlei. Durch Verordnung des Bundesrates wird auch bestimmt, ob die Mittelinstanz als erste oder als Beschwerdeinstanz entscheidet.

Außer allen Departementen und der Bundeskanzlei[137]) sind unter anderm folgende untergeordnete Amtsstellen passiv legitimiert:

Das eidgenössische Amt für geistiges Eigentum;

das eidgenössische Amt für das Handelsregister (VDG. Anhang I und Art. 99 I EOG.);

die Alkoholverwaltung;

die eidgenössische Militärverwaltung (VDG. Anh. II)[138]);

das Versicherungsamt (VDG. Anh. VII u. Art. 99 VII EOG.);

die Oberzolldirektion (VDG. Anh. IX und Art. 99 VIII EOG.);

die Abteilung für Industrie und Gewerbe (VDG. Anh. X und Art. 99 IX EOG.);

das Bundesamt für Sozialversicherung (VDG. Anh. XI und Art. 99 X EOG.);

die Oberpost- und Obertelegraphendirektion (VDG. Anh. XII und Art. 99 X EOG.);

die eidgenössische Steuerverwaltung (Art. 51 VDG.).

Hingegen ist die Generaldirektion der SBB. keine Mittelinstanz der Bundesverwaltung[139]).

Durch die gesetzliche, vom Bundesrat unabänderliche Delegation, die Enumeration der Beschwerdefälle und die Festlegung der Amtsstellen im VDG., deren Entscheide vor Verwaltungsgericht beschwerdefähig sind, dürfte es nicht leicht vorkommen, daß der Bundesrat in einem zweifelhaften Falle die Weiterziehbarkeit an das Verwaltungsgericht und damit die gesetzliche Delegation verneinen wird, um selber zu entscheiden. Täte

---

[137]) BRB. v. 17. Nov. 1914.

[138]) Art. 99 EOG. erwähnt die Alkoholverwaltung nicht mehr, weil die neuen Gesetze über die gebrannten Wasser bereits das gleiche vorsehen. Vgl. Botsch. 1943. S. 46.

[139]) *Botschaft 1925:* S. 45.

er das, so würde es aber jedenfalls keine Instanz geben, vor welcher das angefochten werden könnte. Zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten zwischen Verwaltungsgericht und Bundesrat ist nämlich keine Instanz vorgesehen und der Bundesrat hätte „einen tatsächlichen Vorrang der Entscheidung“[140]).

2. Kantonale Verwaltungsbehörden

Entscheide von Bundesbehörden, nicht nur von Departementen, sondern auch ihrer genannten untergeordneten Amtsstellen, können, wie oben ausgeführt wurde, direkt vor das Verwaltungsgericht weitergezogen werden, da, soweit diese Weiterziehbarkeit besteht, die ihnen übergeordneten Verwaltungsbehörden von der Entscheidungsbefugnis ausgeschlossen sind (durch Art. 50 VDG. veränderte Fassung des Art. 23 des BG. ü. d. Org. d. Bundesverwaltung). Durch Verordnung des Bundesrates kann allerdings bestimmt werden, daß eine Mittelinstanz als erste oder als Beschwerdeinstanz entscheidet.

Im Gegensatz dazu ist es, was die *kantonalen Behörden* betrifft, bei der üblichen Regelung geblieben, wonach der kantonale Instanzenzug erschöpft sein muß, bevor die Sache an das Verwaltungsgericht weiterziehbar ist (VDG. Art. 8 b und Art. 102 b EOG.). Das Gesetz hat dabei nur ordentliche Rechtsmittel im Auge, nicht außerordentliche, z. B. Beschwerden an den Großen Rat usw.

Welche kantonalen Verwaltungsbehörden sind nun passiv legitimiert?

Aus Art. 7 a VDG. und Art. 101 EOG. ergibt sich, daß es sich um kantonale Behörden handeln muß, deren Entscheide sonst an eine Bundesbehörde bundesrechtlich weitergezogen werden konnten. An Stelle der Bundesverwaltung als früherer Rekursinstanz tritt nun das Verwaltungsgericht, an welches die Beschwerde gegen den letzten Entscheid der letzten kantonalen Instanz unmittelbar zu richten ist.

Es sind das insbesondere:

1. Kantonale Aufsichtsbehörden für das Handelsregister, deren Entscheide in Registersachen ebenso direkt an das Verwaltungsgericht weiterziehbar sind, wie Entscheide des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister (VDG. Anh. I, Ziff. 2 und Art. 99 I b EOG.).
2. Kantonale Aufsichtsbehörden über das Zivilstands-, Güterrechtsregister-, Grundbuch-, Schiffs- und Viehverschreibungsregister, insoweit sie in diesen Registersachen entscheiden (VDG. Anh. I, Ziff. 3 und Art. 99 I c EOG.).
3. Kantonale Aufsichtsbehörden über Stiftungen, insoweit sie über die Zugehörigkeit der Stiftungen zum Gemeinwesen oder über Umwandlungen von Stiftungen entscheiden (VDG. Anh. IV und Art. 99 IV EOG.).
4. Kantonale Behörden, die über die Bildung von Wasserrechtsgenossenschaften, den Beitritt zu denselben sowie über die Rechtsverhältnisse

---

[140]) *Kirchhofer:* S. 28.

dieser Genossenschafter nach dem BG. über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte entscheiden (VDG. Anh. V und Art. 99 V EOG.).

5. Kantonale Behörden, die über den bundesrechtlichen Begriff der Spielbank, der Lotterie, der Tombola und der gemeinnützigen Lotterie entscheiden (VDG. Anh. VI und Art. 99 VI EOG.).
6. Kantonale Rekurskommissionen, die über die Ordnungsbußen der neuen außerordentlichen Kriegssteuer entscheiden, soweit die Bußen Fr. 100.— übersteigen (VDG. Anh. VIII). Art. 99 EOG. ließ das fallen, weil die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, wie schon bemerkt wurde, durch die Bundessteuergesetzgebung nunmehr auch gegen Bußen gewährleistet ist[141]).
7. Kantonale Behörden, die Entscheide aus Art. 80 des Fabrikgesetzes treffen (Arbeiterkassen).

Die Beschwerden gegen Entscheide kantonaler Behörden spielen in der Praxis des Verwaltungsgerichtes die Hauptrolle[142]).

---

[141]) *Burckhardt:* N. 1, S. 230.
[142]) *Botsch. 1943:* S. 46.

V. DIE PARTEIEN DER VERWALTUNGSGERICHTLICHEN KLAGE

1. Klage und Beschwerde

Das VDG. hat außer der Beschwerde auch noch ein anderes Rechtsmittel eingeführt: die direkte Verwaltungsklage vor Bundesgericht (VDG. Art. 17—21. EOG. Art. 110 ff.). Auch diese Klage wird von der verwaltungsrechtlichen Abteilung beurteilt. Während die Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Kontrolle der Verwaltungstätigkeit dient, hat die Verwaltungsklage nicht notwendig einen Verwaltungsakt zur Voraussetzung, dagegen den der Schutz des Verwaltungsgerichtes angerufen wird, sondern das Verwaltungsgericht kann unmittelbar angegangen werden.

Wir behandeln die Parteien der Verwaltungsklage nur anhangweise, da sie unser Thema nicht direkt berühren.

Die Verwaltungsklage bildet wie die Zivilklage eine *selbständige Form des Rechtsschutzanspruches*[143]). Wenn *Burckhardt*[144]) meint, die Klage sei wie die Beschwerde in der Hauptsache ein Einspruchsverfahren, so nimmt er zunächst selbst von diesem Satz die Beamtensachen aus. Aber auch abgesehen von diesen kann man mit Burckhardt in dieser Angleichung dort einig gehen, wo der Klage ein eigentlicher Verwaltungsentscheid vorangeht.

Das ist nicht nur ausgeschlossen, sondern sogar vorgesehen, indem der Bundesrat gemäß VDG. Art. 20 und EOG. Art. 114 auf dem Verordnungswege bestimmen kann, daß eine gegen den Bund gerichtete Klage erst erhoben werden darf, nachdem eine bestimmte Verwaltungsinstanz zum Anspruch Stellung genommen hat. Allein ein solcher Vorentscheid ist nur bei Klagen gegen den Bund vorgesehen, und der Bundesrat hat von diesem Verordnungsrecht bisher keinen Gebrauch gemacht. Aber auch, wenn der Ansprecher aus freien Stücken zunächst die Verwaltung begrüßt, so ist der ergehende Entscheid zwar nicht eine unverbindliche Parteierklärung oder Meinungsäußerung[145]), aber als behördlicher Akt in diesem Falle immerhin von bedingtem Entscheidungswert, nämlich, sofern der betroffene sich damit zufrieden gibt.

Im Gegensatz zu einem anfechtbaren Entscheid erlangt er aber nicht formelle Rechtskraft durch Ablauf der Anfechtungsfrist. Für die Verwaltungsklage ist nämlich keine Frist gesetzt, sie kann so lange erhoben werden,

---

[143]) *Kirchhofer:* S. 75. *Ruck:* VR. I, S. 170.

[144]) *Burckhardt:* Z. f. g. St., S. 241.

[145]) Wie *Botschaft 1925:* S. 27, und *Kirchhofer:* S. 75 annehmen, dagegen *Burckhardt:* S. 234 (Z. f. g. St.).

als der Anspruch nicht materiell verwirkt ist[146]). Ueberdies braucht sich der Entscheid des Verwaltungsgerichtes über die Klage nicht mit dem Vorentscheid der Verwaltungsbehörde auseinanderzusetzen.

Die *Gegenstände* der Verwaltungsklage sind gleichfalls nach der Enumerationsmethode einzeln und abschließend aufgezählt (VDG. Art. 17 ff. und EOG. Art. 110 ff.). Eine Konkurrenz mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist durch VDG. Art. 19 a und Art. 113 a EOG. ausgeschlossen, welche die auf dem Beschwerdeweg zu beurteilenden Ansprüche von der Verwaltungsklage ausnehmen.

Die *Legitimation* zur Klage ist nicht besonders geordnet, wie bei der Beschwerde. Sie ist vielmehr aus den einzelnen zugelassenen Ansprüchen selbst zu erschließen. Aus diesem Grunde empfiehlt sich hier nicht die gleiche Einteilung wie bei der Behandlung der Beschwerdelegitimation, zumal durch Zulassung von Ansprüchen z. B. des Bundes und gegen den Bund in der gleichen Materie sich unnötige Wiederholungen und Doppelspurigkeiten ergeben würden. Wir folgen also bei Bestimmung der Legitimation den einzelnen Klageansprüchen, wobei es sich hier lediglich um eine *allgemeine Charakteristik* des Gegensatzes zur Legitimation bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde handelt.

2. Vermögensrechtliche Ansprüche des Bundes und gegen den Bund

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes ist in den drei Art. 17, 18 und 19 VDG., die der EOG. mit einigen Aenderungen übernimmt (Art. 110—112), geordnet. Die Enumeration geht, anders als bei den Beschwerdefällen, von einer Art Generalklausel aus (Art. 17^1 VDG. und Art. 110^1 EOG.), zu welcher einige besonders wichtige Beispiele aufgeführt werden (lit. a—c), sodann gelangen in Art. 18 VDG. und Art. 111 EOG. andere verwaltungsrechtliche Streitigkeiten als „weitere Fälle" zur Aufzählung, die keinen eigentlichen innern Zusammenhang haben. Schließlich enthalten Art. 17^2 und 19 VDG., entsprechend Art. 110^2 und 113 EOG., einige Vorbehalte und Ausnahmen.

Wir möchten zunächst den wesentlichen und allgemein umschriebenen Gegenstand des Art. 17^1 VDG. und Art. 110^1 EOG. ins Auge fassen, welcher gekennzeichnet wird als „in der Bundesgesetzgebung begründete streitige vermögensrechtliche Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund aus öffentlichem Recht". Dabei haben wir hier nicht eigentlich die Zuständigkeiten als solche, sondern lediglich die *Legitimation der Streitparteien* darzulegen, wie sie sich aus den Kompetenzen ergibt.

Schon aus dem Wortlaut ergibt sich, daß es sich hier um Streitigkeiten handelt, in denen der *Bund* jedenfalls entweder *Kläger* ist oder als *Beklagter* auftritt. Es kommt also nur darauf an, festzustellen, wer seine Gegenpartei ist.

---

[146]) ZB. Klagen gegen die Versicherungskasse für die eidg. Beamten oder gegen die Pensionskasse der SBB. binnen 2 Jahren seit Entstehung des Anspruches (Art. 17 der Statuten beider Kassen).

Bevor wir diese Feststellung machen, ist aber noch zu untersuchen, was unter Bund im Sinne des Art. 17[1] VDG. und des Art. 110[1] EOG. verstanden wird.

Durch positivrechtliche Bestimmung des Art. 46 VDG. (entsprechend Art. 163 EOG.) gilt die eidgenössische Alkoholverwaltung im Sinne des VDG. als Abteilung der Bundesverwaltung, trotzdem ihr nach Art. 19 BG. über die gebrannten Wasser vom 29. Juni 1900 juristische Persönlichkeit zukommt. Man wollte nicht, daß ein vermögensrechtlicher Anspruch der Alkoholverwaltung oder gegen dieselbe aus öffentlichem Recht deshalb nicht unter Art. 17 VDG. fallen soll, weil er formalrechtlich keinen Anspruch des Bundes oder gegen den Bund darstellt[147]). Somit ist unter „Bund" in diesem Sinne die Eidgenössische Alkoholverwaltung ebenfalls verstanden.

Selbstverständlich ist, daß die *Bundesbahnen* unter den Begriff „Bund" fallen, da sie einen Zweig der Bundesverwaltung ohne Rechtspersönlichkeit bilden[148]). Im Gegensatz dazu stehen die verselbständigten Anstalten des Bundes (außer der Alkoholverwaltung) nicht unter dem Begriff „Bund", so die Nationalbank (Art. 1 des BG. v. 7. April 1921), die Suval (Art. 41 KUG.) und das Linthunternehmen[149]). Streitigkeiten dieser Anstalten oder gegen diese fallen daher überhaupt aus dem Rahmen der Verwaltungsklage.

Tritt nun der Bund im genannten Sinne als notwendige Partei im direkten Verwaltungsstreite vor Verwaltungsgericht auf (Kläger oder Beklagter), wer steht ihm dann als Gegenpartei gegenüber?

Wenn wir zunächst die einzelnen Fälle betrachten, die Art. 17 a—c VDG. und Art. 110 a—c EOG. beispielsweise („insbesondere") aufzählen, so finden wir unter lit. a genannt: „Streitigkeiten aus dem Bundesbeamtenverhältnis, inbegriffen Streitigkeiten über Leistungen der Versicherungskasse des Bundes."

Darnach ist Gegenpartei des Bundes in diesen Streitigkeiten zunächst ein *Bundesbeamter*. Der Bund beschäftigt aber nicht nur Beamte, sondern auch *Angestellte und Arbeiter*. Diese können in öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Dienstverhältnissen zum Bunde stehen[150]). Insoweit sie im öffentlichrechtlichen Verhältnis stehen, trifft die Kompetenznorm zu: „in der Bundesgesetzgebung begründete, streitige vermögensrechtliche Ansprüche . . . aus öffentlichem Recht". Somit sind Bundesbeamte und Nichtbeamte im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis aktiv und passiv zu dieser Verwaltungsklage legitimiert[151]). Soweit es sich um Besoldungsnachgenuß

---

[147]) *Botsch. 1925:* S. 23, 85; die Bundesverwaltung scheint seit jeher mit dieser juristischen Emanzipation der Alkoholverwaltung wenig zufrieden, die übrigens auch von anderer Seite mißbilligt wurde. Vgl. *Salis:* III, Note zu S. 1381.

[148]) *BGE.:* 29 I 193, 34 II 565. *Botsch. 1925:* S. 23.

[149]) *BGE.:* 47 I 116.

[150]) *Ruck:* StR., S. 102. *Im Hof:* Ref. am Schweiz. Jur.-Tag, S. 399a.

[151]) Der hier nicht näher behandelte Inhalt des Anspruches kann auf Seite des Bundes beispielsweise gehen auf Schadenshaftung aus Benutzung von Dienstwohnungen, auf Ueberlassung von Erfindungen des Beamten bei Ausübung der Diensttätigkeit, auf Rückzahlung von Besoldungs- und Pensionsbeträgen. Auf Seiten des Beamten oder Angestellten kann es sich um Ansprüche auf Besoldung handeln, auf Zulagen, Besoldungsnachgenuß, Entschädigung wegen vorzeitiger Beendigung des Dienstverhältnisses usw. (*Ruck:* StR., S. 102 ff. *Botsch. z. Beamtengesetz* von 1924, S. 199.)

handelt, sind auch die *Hinterbliebenen* des verstorbenen Beamten oder Angestellten aktiv legitimiert[152]).

Inbegriffen sind die Streitigkeiten über Leistungen einer Versicherungskasse des Bundes, d. h. auch die Klagen auf Leistungen der Kassen sind formell *Klagen gegen den Bund.* Es handelt sich dabei um folgende beide Kassen: die Pensions- und Hilfskasse für das Personal der Bundesbahnen (Statuten v. 31. August 1921) und die Versicherungskasse für die eidgenössischen Beamten, Angestellten und Arbeiter (Statuten v. 6. Okt. 1920, Bundesbeamtengesetz Art. 48). Die Streitigkeiten über die Leistungen dieser Kassen an die Anspruchsberechtigten wurden früher vom Eidgenössischen Versicherungsgericht beurteilt (Art. 7 des BG. v. 30. Sept. 1930 über die eidgenössische Versicherungskasse und Art. 17 der Statuten der Pensions- und Hilfskasse der SBB.)[153]).

Zur Verwaltungsklage aus Ansprüchen gegen diese Kassen ist somit aktiv legitimiert, der *Beamte*, *Angestellte oder Arbeiter*, die beiden letztern, soweit sie überhaupt Mitglieder dieser Kassen sind, des weitern die *Witwen und Waisen* (letztere bis zum 18. Altersjahr) dieser Funktionäre, soweit es sich um die Hinterlassenenrente handelt. Passiv legitimiert ist auch hier der *Bund.*

Art. 17 b VDG. und Art. 110 b nennen als weitere Fälle die „Haftung für Unfälle infolge militärischer Uebungen" (vgl. auch Art. 27 und 29 MO.). Wie auch aus Art. 47^2 VDG. und Art. 164^2 EOG. hervorgeht, welche die gleiche Haftung, soweit sie Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen betreffen, der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorbehalten, handelt es sich hier um die Haftung des Bundes für Unfälle infolge militärischer Uebungen, sowohl gegenüber Militärpersonen als auch gegenüber Zivilpersonen, die dabei verletzt oder getötet wurden[154]). Wir haben es also wie in Art. 17 a VDG. und Art. 110 a EOG. mit öffentlichrechtlichen Leistungen des Bundes zu tun.

Gegenpartei des Bundes sind hier *Militärpersonen*, bzw. gewesene Militärpersonen, wenn sie etwa infolge der Verletzungen ausgemustert wurden, sowie ihre Hinterbliebenen oder *Zivilpersonen*, sowie ihre Hinterbliebenen[155]).

Schließlich nennen Art. 17 c VDG. und Art. 110 c EOG. „Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen über deren Anteil am Abgabenertrag". Es handelt sich hier um die im Sinne des sog. Finanzausgleichs zwischen Bund und Kantonen den letztern zur Erfüllung ihrer Staatsaufgaben gewährten Anteile am Ertrag bundesrechtlicher Abgaben, wie Militärpflichtersatz, Stempelabgaben, Handelsregisterabgaben usw.

---

[152]) *BGE.:* 55 I 137, 56 I 485, 63 I 115.

[153]) *BGE.:* 55 I 214, 56 I 145, 57 I 243.

[154]) Irrtümlich *Ruck:* VR. I, S. 171, der die Ansprüche aus Tötung oder Verletzung von Zivilpersonen durch Art. 18 VDG. als ausgeschlossen erachtet. Vgl. *Botsch. 1925:* S. 55. *Kirchhofer:* S. 84.

[155]) Nach der Praxis ist auch die *Braut* des Verunfallten zur Klage wegen Verlustes des künftigen Versorgers legitimiert (BGE.: 44 II 67). Ob der Anspruch ein privatrechtlicher oder wie hier ein öffentlichrechtlicher ist, scheint uns wegen der gleichen ratio keinen Unterschied zu machen.

Parteien in diesen Streitigkeiten sind daher ausschließlich der *Bund* und *ein Kanton*, bzw. mehrere Kantone.

Die genannten drei Kategorien bilden die wichtigsten vermögensrechtlichen Ansprüche des Bundes oder gegen den Bund aus öffentlichem eidgenössischem Recht. Weitere Ansprüche aus der Militärorganisation und aus dem Verwaltungsreglement für die Armee, wie Sach- und Landschaden bei Truppenübungen, über Mietgeld und Abschatzung für requirierte Pferde, Motorwagen usw. werden durch in Art. 17^2 VDG. und Art. 110^2 EOG. vorbehaltene Instanzen außerhalb der Bundesverwaltung beurteilt, wie Landschadenkommissionen (Art. 298 des Verwaltungsreglements), Evakuationskommissionen (Art. 7 Vo. über die Evakuation v. 23. Jan. 1912), andere Streitigkeiten durch die eidgenössische Steuererlaßkommission, Maß- und Gewichtskommission usw.[156]).

Diese Instanzen stellen eine Art *Spezialverwaltungsgerichte* dar, die der Bundesrat gemäß Art. 47^1 VDG. und Art. 164^1 EOG. zur endgültigen Entscheidung einsetzen darf. Eine Reihe weiterer Materien sind von der Verwaltungsklage dadurch ausgeschlossen, daß das VDG. die Spruchkompetenzen der Bundesversammlung vorbehält (Art. 17^2 VDG. und Art. 110^2 EOG.). Des weitern sind Entscheide ausgeschlossen, die der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterstehen (Art. 19 a VDG. und Art. 113 a EOG.). Von der Verwaltungsklage ausdrücklich ausgeschlossen sind ferner alle Entscheide über Beschwerdekosten (Art. 19 a VDG., besser wie Art. 113 a EOG. korrigiert: „Verfahrenskosten"), über Bundessubventionen (Art. 19 c VDG. und Art. 113 c EOG.), über Ansprüche aus dem Tarif-, Tax-, Gebühren- und Transportwesen der Bundesbahnen (Art. 19 b VDG. und Art. 113 b EOG.).

Ordnungsbußen sind dadurch ausgeschlossen, daß sie in zwei Fällen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen (VDG. Anh. VIII u. IX), nach den neuesten Steuergesetzen auch bei der Krisenabgabe, beim Wehropfer und bei der Wehrsteuer, in allen andern Fällen von der Bundesverwaltung durch einen vollstreckbaren Entscheid verhängt werden[157]). Ansprüche aus der Transportpflicht der Post werden als Zivilrechtsstreitigkeiten behandelt (Art. 55 Postverk. G. v. 2. Okt. 1924)[158]).

3. Sonstige Streitfälle

Art. 18 VDG. und Art. 111 EOG. umfassen eine Reihe heterogener Kompetenzen, die sich nicht unter *einen* Begriff bringen lassen, und die z. T. den bisherigen Kompetenzkreis des Bundesgerichts erweitern. Wir teilen sie in folgende Kategorien ein:

---

[156]) Eine Reihe solcher außerhalb der Bundesverwaltung stehender Kommissionen wurden im zweiten Weltkrieg geschaffen, z. B. mit Vo. v. 20. Sept. 1939 zur Erledigung von vermögensrechtlichen Ansprüchen im Zusammenhang mit der Sicherstellung der Landesversorgung.

[157]) *Botsch. 1925:* S. 56. *Kirchhofer:* S. 85.

[158]) *BGE.:* 34 II 145.

a) *Steuerstreitigkeiten.*

Art. 18 a VDG. und Art. 111 a EOG. unterstellen der Verwaltungsklage „Anstände über eine durch das Bundesrecht vorgesehene Befreiung von kantonalen Abgaben". Es muß sich also um bundesrechtliche Bestimmungen handeln, die von kantonalen Abgaben befreien oder für solche bestimmte Schranken aufstellen.

Solche bundesrechtliche Befreiungen von kantonalen Abgaben oder Beschränkungen solcher enthalten viele Bundesgesetze verschiedenster Art. Die Botschaft 1925[159]) erwähnt beispielsweise das Garantiegesetz (Art. 7), das Organisationsgesetz der Bundesbahnen (Art. 13[1]), das Nationalbankgesetz (Art. 12), das Kranken- und Unfallversicherungsgesetz (Art. 31 u. 53), das Militärorganisationsgesetz (Art. 164 u. 165), das Wasserrechtsgesetz (Art. 18, 49 [3] u. [4]), das Versicherungsaufsichtsgesetz (Art. 1[3] u. [4], Art. 15), das Postverkehrsgesetz (Art. 8), das Expropriationsgesetz (Art. 44), das Patentgesetz (Art. 6), die Vo. über die Linthpolizei (Art. 2), das Stempelgesetz (Art. 2).

Es handelt sich in diesen Gesetzen meist um die Befreiung des Bundes von kantonalen Abgaben. Mit Recht sagt Prof. Blumenstein in seiner Vorlesung über schweizerisches Steuerrecht, die Unterwerfung des Bundes unter die Steuerhoheit der Kantone sei eine Ungeheuerlichkeit, da nicht ein übergeordnetes Staatswesen der Gebietshoheit eines untergeordneten unterworfen sein kann. Allein gerade in den genannten Gesetzen anerkennt der Bund selbst seine Unterstellung, indem er ausdrückliche Ausnahmen für bestimmte Fälle statuiert.

Parteien in diesen Streitigkeiten sind in der Regel der *Bund* und ein *Kanton*, sei es, daß der eine oder andere als Kläger auftritt, mit dem Begehren auf Steuerbefreiung oder Unterziehung unter die Steuerpflicht[160]). Doch ist dies nicht überall der Fall. Nach dem Nationalbankgesetz v. 7. April 1921 (Art. 12) werden als Parteien die *Nationalbank* auf der einen und ein *Kanton* oder eine *Gemeinde* auf der andern Seite in Betracht kommen. Die Nationalbank ist nämlich nicht befreit von „Kantonalen und kommunalen Handänderungsgebühren sowie andern Gebühren für besondere Leistungen von Kantonen und Gemeinden".

Nach dem *Postverkehrsgesetz* vom 2. Okt. 1924 (Art. 8) können als Parteien nicht nur der Bund und ein Kanton fungieren, sondern auch ein *Privater* auf der einen und ein *Kanton* auf der andern Seite. Von jeder Stempelsteuer befreit sind nämlich nicht nur die Post in bezug auf die von ihr ausgestellten Scheine, Rechnungen, Schecks und Urkunden aller Art, sondern auch die *Postbenützer*.

Ebenso spielen sich die Streitigkeiten über Steuerpflicht und Steuerfreiheit der Leistungen der Militärversicherung (BG. v. 28. Juni 1901/23. Dez. 1914) zwischen dem *Kanton* der Steuerhoheit und einem *Privaten* ab.

---

[159]) *Botsch. 1925:* S. 57.

[160]) Z. B. Klage der Schweizerischen Eidgenossenschaft gegen den Kanton Luzern auf Befreiung von der Bezahlung einer Handänderungsgebühr für erworbene Liegenschaften zu militärischen Zwecken (BGE.: 64 I 296).

Das gleiche ist der Fall nach Art. 2 des Stempelgesetzes vom 4. Oktober 1917, nach welchem Urkunden, die mit einer eidgenössischen Stempelabgabe belastet oder als abgabefrei erklärt sind, mit keiner kantonalen Stempel- oder Regierungsabgabe belastet werden dürfen.

So ist denn mit den genannten Bestimmungen die bundesgerichtliche Kompetenz in Steuerstreitigkeiten, die sich bis zum Inkrafttreten des VDG. gemäß Art. 179 OG. nur auf das Verhältnis zwischen Bund und Kanton erstreckt hat — mit alleiniger Ausnahme des Art. 2 des Stempelgesetzes — durch dieses Gesetz und auch durch den EOG. auch auf das Verhältnis zwischen Privaten und Kantonen erweitert worden. Darüber hat früher der Bundesrat geurteilt (Art. 189^2 OG.), der nunmehr entlastet ist, während dem Privaten ein richterlicher Entscheid gewährleistet ist.

b) *Streitigkeiten über Steueranteile zwischen Kantonen.*

Art. 18 b VDG. erweitert die bundesgerichtliche Kompetenz auf Streitigkeiten *zwischen Kantonen* über den Militärpflichtersatz und über den Rückgriff für Beiträge an Seuchenschäden. Bis zum Inkrafttreten des VDG. hatte diese der Bundesrat beurteilt (Art. 16 des BG. ü. d. Militärpflichtersatz vom 28. Aug. 1878, Art. 21^2, Tierseuchengesetz v. 13. Juni 1917). Des weitern wurden dem Verwaltungsgericht Anstände zwischen den Kantonen über ihre Anteile an der damaligen Kriegssteuer übertragen, die früher eine besondere Kommission entschieden hatte (BB. ü. d. neue außerordentliche Kriegssteuer v. 28. Sept. 1920). Mit Recht hat EOG. Art. 111 b die Verwaltungsklage auf Anstände zwischen Kantonen über Bundessteuern überhaupt erweitert.

Die Legitimationsfrage gibt hier zu keinen Bemerkungen Anlaß, da sich schon aus der Formulierung ergibt, daß *nur Kantone beiderseits* als Parteien in Betracht kommen.

c) *Zivilrechtliche Streitigkeiten mit verwaltungsrechtlichem Einschlag.*

Art. 18 c VDG. trifft eine gewisse Auswahl aus den nach Art. 50 OG. dem Bundesgericht zugeteilten „zivilrechtlichen Streitigkeiten", die an sich nicht ausschließlich privatrechtlicher Natur sind, um sie dem Verwaltungsgericht zuzuweisen. EOG. Art. 111 c—f spezifiziert sie im Text. Schon vor dem Inkrafttreten des VDG. sind einige dieser Streitigkeiten reglementarisch der staatsrechtlichen, andere der zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes zugewiesen worden[161]). Es ändert sich also durch die Zuteilung einer Reihe dieser Streitfälle an das Bundesgericht nur das eine, daß diese Streitfälle nunmehr nach dem *verwaltungsgerichtlichen Verfahren* behandelt werden (Art. 21 VDG., Art. 115 EOG.). Im einzelnen sind es folgende Fälle:

1. *Streitigkeiten zwischen dem Bund und einer Eisenbahnunternehmung* gemäß Art. 39^2 des BG. über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom

---

[161]) Vgl. Regl. f. d. BGer. v. 26. März 1912 (Art. 2^3 und Art. 3^4).

23. Dezember 1872, insbesondere über die in den Art. 14, 19, 24 und 33 dieses Gesetzes vorgesehenen Entschädigungsfragen. Parteien des Streitverhältnisses sind hier der Bund und eine private Eisenbahnunternehmung. (Vgl. Vo. v. 23. Dez. 1872 Art. 8 a.)

2. *Entschädigungsforderungen der Eisenbahnunternehmungen* an Private in den in Art. 15[2] des genannten Gesetzes vorgesehenen Fällen. Es handelt sich hier um einen Zivilprozeß unter Privatparteien, der nur infolge des *Charakters öffentlicher Anstalten*, der auch Privatbahnen zukommt[162]), bisher der staatsrechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes und nunmehr der verwaltungsrechtlichen zugeteilt ist. Parteien sind auf der einen Seite die *private Eisenbahnunternehmung*, auf der andern eine *private Einzelperson* oder *Gesellschaft*, die auf Grund der ausgeübten Enteignungsrechte der Bahnunternehmung Entschädigungsforderungen stellt.

3. *Entschädigungsforderungen einer Eisenbahnunternehmung an eine andere* aus Art. 30[3] des genannten Gesetzes. Hier können sich als Parteien nicht nur *zwei private Eisenbahnunternehmungen* gegenüberstehen, sondern auch eine solche und der *Bund* als Unternehmer der Bundesbahnen.

4. *Anstände zwischen Eisenbahnunternehmungen* und den *Besitzern von Verbindungsgeleisen betr. die auf Grund des Art. 1[3] und des Art. 9 des BG. über die Rechtsverhältnisse der Verbindungsgeleise vom 19. Dezember 1874 zu leistenden Vergütungen.* Anders als im Fall 3 können hier Streitparteien sowohl der *Bund* auf der einen und der *private Inhaber* eines „gewerblichen Etablissements" auf der andern Seite sein, oder letzterer und eine private Eisenbahnunternehmung.

5. *Entschädigungsforderungen des Patentinhabers wegen Expropriation* seines Patentes auf Grund von Art. 13 des BG. vom 21. Juni 1907. Dieser Art. bestimmt, daß die Bundesversammlung die Zurücknahme oder Enteignung eines Patentes gegen eine Entschädigung aussprechen kann, deren Höhe im Streitfall vom Bundesgericht bestimmt wird. Streitparteien sind somit der *Bund* (als Enteigner) auf der einen Seite, der *private Patentinhaber* (als Entschädigungsberechtigter) auf der andern Seite. Der Bund wird hier in der Regel die Beklagtenrolle haben, da die Entschädigungssumme zunächst durch einen Entscheid der eidgenössischen Schätzungskommission bestimmt wird.

6. *Streitigkeiten über die Zuteilung der Kosten* der vom Bundesrat *in bezug auf Anlagen elektrischer Leitungen* angeordneten Maßnahmen (Art. 10 u. 17 des BG. ü. d. elektr. Stark- und Schwachstromleitungen v. 24. Juni 1902). Es handelt sich um die Kosten von Sicherungsmaßnahmen technischer Natur, über deren Tragung unter den „Beteiligten" eine Verständigung nicht erzielt werden kann.

Beteiligt und daher Streitpartei ist hier auf der einen Seite der *Bund* als Inhaber des PTT.-Monopols, auf der andern ein Grundeigentümer, sei es ein *Privater*, sei es ein *Kanton* oder eine *Gemeinde*.

---

[162]) *Ruck:* VR. II, S. 149.

d) *Prorogierte und delegierte Streitigkeiten.*

Art. 18 d VDG. weist dem Verwaltungsgericht des weitern die in Art. 52 OG. bezeichneten Streitigkeiten, sofern sie überwiegend verwaltungsrechtlicher Natur sind, zu. Es wird demnach eine bedingte Kompetenzbestimmung aufgestellt, die schon an sich wenig praktischen Wert hat, da der Kläger eben bei derartigen Grenzfällen nicht mit Bestimmtheit entscheiden kann, ob seine Sache mehr Verwaltungs- oder Zivilprozeßsache ist. Glücklicherweise kann seine Klage daran nicht scheitern, da er sie in dem einen oder andern Falle nur an das Bundesgericht schlechtwegs zu richten braucht. Das VDG. spricht nirgends offiziell von einem Verwaltungsgericht, sondern, wie bereits hervorgehoben wurde, nur vom Bundesgericht. Es bleibt also diesem überlassen, unmittelbar nach Klageeinreichung zu bestimmen, welcher Abteilung die Sache zuzuweisen sei[163]).

Gerade aus diesem Grunde erscheint aber Art. 18 d VDG. als verfehlt, da ja die Verteilung der Geschäfte gemäß Art. 21 OG. und Art. 2^2 VDG. ohnehin der reglementarischen Ordnung durch das Bundesgericht selbst, kraft seiner organisatorischen Autonomie, überlassen bleibt[164]).

Was die Materien betrifft, handelt es sich in Art. 52 OG. sowohl um zivilrechtliche als auch um nicht rein zivilrechtliche Streitigkeiten zweierlei Art:

1. Um solche von einem Hauptwert von mindestens Fr. 10 000.—, wenn beide Parteien das Bundesgericht anrufen, also in diesem Sinne *prorogierte* Streitigkeiten, und
2. um solche, die durch die Verfassung oder Gesetzgebung eines Kantons an das Bundesgericht gewiesen sind (*delegierte* Streitsachen).

Wegen der variae causarum figurae, die hier in Betracht kommen können, läßt sich die Legitimation der Streitparteien nicht zum voraus bestimmen.

Im übrigen hat der EOG. den Art. 18 d durch Art. 112 ersetzt, der das Prorogationsrecht der Parteien auf „Streitigkeiten verwaltungsrechtlicher Natur" beschränkt, soweit sie nicht ohnehin schon dem Verwaltungsgericht zugewiesen sind und der Streitwert wenigstens Fr. 10 000.— beträgt.

e) *Generalklausel.*

Art. 18 e VDG. und Art. 111 i EOG. unterstellen der Verwaltungsklage überdies „andere verwaltungsrechtliche Streitigkeiten", die dem Verwaltungsgericht „durch Bundesgesetze zur ausschließlichen Erledigung zugewiesen sind". Schon die Bundesverfassung (Art. 114) überläßt es der Bundesgesetzgebung, „noch andere Fälle in die Kompetenz des Bundesgerichtes zu legen". An diesem Rechtszustand ändern Art. 18 e VDG. und Art. 111 i EOG. materiell nichts, was auch nicht zulässig wäre. Hingegen bringen sie *organisatorisch* die ausführende Bestimmung, daß solche weitere Fälle von Kompetenzzuweisungen an das Bundesgericht zur aus-

---

[163]) *Botsch. 1925:* S. 59.

[164]) Evt. hätte Art. 2 Abs. 2 noch bestimmen können, daß das Bundesgericht auch Zivilsachen mit überwiegend verwaltungsrechtlichem Einschlag der verwaltungsgerichtlichen Abteilung übertragen darf.

schließlichen Erledigung, soweit es sich um verwaltungsrechtliche Streitigkeiten handelt, von der verwaltungsrechtlichen Abteilung zu beurteilen sind.

Auch diese Norm enthält keine eigentliche Kompetenzbestimmung und hätte daher eher in Art. 2^2 VDG. gepaßt, der durch entsprechende Formulierung diese mehr reglementarische Frage hätte beantworten können. Im EOG. ist sie im Art. 14 geregelt.

Wie im Falle des Art. 18 d VDG. ist auch hier die Legitimation der Parteien wegen der Allgemeinheit der Klausel nicht zum voraus bestimmbar.